Die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO) im Verfahren

INAUGURAL - DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich - Alexanders - Universität zu Erlangen

vorgelegt von

RUDOLF SAMPER

Referendar aus Memmingen

Approbiert am 25. Mai 1939

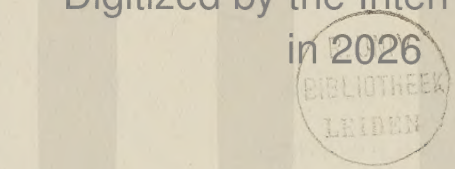
Memmingen

Druck Jos. Feiner & Co., Buchdruckerei u. Verlagsgesellschaft m. b. H.

1939

1939 №161

Digitized by the Internet Archive
in 2026



https://archive.org/details/IA41533919_0048

Referent: Univ.-Professor Dr. Friedrich Lent

Meinen lieben Eltern!

Meiner lieben Frau!

Inhaltsangabe:

A. Der Gegenstand der Arbeit

B. Allgemeines

1. Die notwendige Streitgenossenschaft
2. Die beiden Alternativen des § 62 ZPO.
3. Die verschiedene Behandlung der beiden Alternativen

C. **Die notwendige Streitgenossenschaft im Verfahren**

I. Ein Teil der Streitgenossen ist säumig

1. Die Lehrmeinungen bezüglich der Konstruktion des § 62 ZPO
   a) Die Reflextheorie
   b) Die Vertretertheorie
   c) Die Fiktionstheorie

2. Die Regelung bei Terminsversäumnis
   a) Prozeßvoraussetzungen
   b) Verzicht und Anerkenntnis
   c) Geständnis
   d) Rügeverzicht und Rügeunterlassung
   e) Klageerhebung, Klageänderung, Widerklage, Zwischenfeststellungsklage und Zwischenfeststellungswiderklage
   f) Klagezurücknahme
   g) Prozeßvergleich
   h) Versäumnisurteil
   i) Zusammenfassung und Anhang

3. Die Regelung bei Fristversäumnis
   a) Rechtsmittelfristen
   b) Rechtsmitteleinlegung
   c) Rechtsmittelzurücknahme
   d) Rechtsmittelverzicht

II. Die Genossen sind nicht säumig

1. Ihre Handlungen stimmen überein

2. Einzelne Genossen machen besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend

3. Ihre Handlungen stimmen nicht überein

a) Allgemeines
b) Die Dispositivakte
c) Einzelgeständnis
d) § 449 ZPO
e) Klagezurücknahme
f) Prozeßvergleich

III. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens im streitgenössischen Rechtsstreit

D. Schluß.

A. Der Gegenstand der Arbeit.

Die Arbeit soll sich nicht mit der Frage beschäftigen, wann eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, es sollen vielmehr die Schwierigkeiten erörtert werden, die bei der Durchführung des streitgenössischen Verfahrens auftauchen. Das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft wird jeweils unterstellt.

Die Zivilprozeßordnung regelt die Streitgenossenschaft in den §§ 59 bis 63. Der § 59 ZPO regelt die sogenannte subjektive Klagenhäufung, d. h. die Mehrheit von Klägern oder Beklagten. Ihre Voraussetzung ist, daß eine Mehrheit von Klägern oder Beklagten in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft steht (z. B. Klage gegen die Ehefrau auf Leistung, gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung; oder Klage gegen Hauptschuldner und Bürge, wobei erwähnenswert ist, daß die österreichische ZPO dies ausdrücklich regelt), oder daß sie aus demselben tatsächlichen und (nicht oder) rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet ist (z. B. aus gemeinsamem Vertrag oder gemeinsamer unerlaubter Handlung). Der § 59 erfaßt somit die Fälle der sogenannten e c h t e n[1]) Streitgenossenschaft.

§ 60 regelt die Fälle der sogenannten u n e c h t e n Streitgenossenschaft. Hier sind als Bindemittel nur gleichartige, oder auf im wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen als Gegenstand des Rechtsstreits verlangt. Der Unterschied zwischen der subjektiven Klagenhäufung nach § 59 oder nach § 60 ist übrigens nicht scharf zu formulieren. Beide Paragraphen wollen zusammengenommen sagen, daß eine Streitgenossenschaft stets dann zulässig sein soll, wenn eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung zweckmäßig ist. Da die Praxis überdies in der Zulassung sehr weitherzig ist, ist eine genaue Abgrenzung der beiden Paragraphen nicht notwendig.

§ 61 enthält eine Vorschrift bezüglich der prozessualen Stellung der Streitgenossen im Verfahren gemäß §§ 59 und 60.

§ 62 endlich enthält die Regelung der sog. n o t w e n d i g e n Streitgenossenschaft. Es kann schon hier die Feststellung vorweg-

[1]) Es sei jetzt schon darauf hingewiesen, daß die technischen Ausdrücke „echt" und „unecht" von manchen Schriftstellern für den Unterschied der beiden Alternativen des § 62 (s. o.) gebraucht werden, was aber in dieser Arbeit vermieden wird, um Unklarheiten auszuschalten.

genommen werden, daß dieser Paragraph das Rechtsinstitut der notwendigen Streitgenossenschaft nur sehr dürftig regelt und es daher von vornherein zum Problem macht. So lesen wir bei Baumbach in der Kommentierung dieses Paragraphen den vorangestellten bezeichnenden Satz: „Ein Kreuz der Rechtsprechung."

Unsere Abhandlung befaßt sich ausschließlich mit dem Problem der Durchführung des streitgenössischen Verfahrens.

Der § 62 ZPO lautet:

1. Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.
2. Die säumigen Genossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Das Rechtsinstitut der notwendigen Streitgenossenschaft ist eines der umstrittensten Probleme des Zivilprozeßrechts, wie sich sowohl aus der Vielzahl der darüber aufgestellten Theorien [1]), als auch aus den zahlreichen, teilweise von einander abweichenden Entscheidungen des Reichsgerichts ergibt. Von einer herrschenden Meinung kann wohl kaum gesprochen werden. Dies gilt ebenso für die Erörterung des Grundproblems, wie überhaupt für jede in diesem Zusammenhang auftauchende Frage. Das sichtbare Ergebnis der vielfachen Untersuchungen in Lehrbüchern, Monographien und Kommentaren ist die Tatsache, daß nach Ablehnung völlig irriger Meinungen (z. B. Hachenburg) zwar Begriff und Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft richtig erkannt wurden, daß aber keine der vorhandenen Theorien (sofern sie überhaupt annehmbar sind) eine Generallösung für alle im praktischen Verfahren auftauchenden Fragen liefert, sondern daß jeder Theoretiker schließlich Ausnahmen und Einschränkungen machen muß.

Die Aufgabe unserer Arbeit soll nun darin bestehen, für die täglich im Prozeßleben vorkommenden Probleme des streitgenössischen Verfahrens eine für die Praxis befriedigende und brauchbare Lösung zu finden.

Der § 62 sagt, daß im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft die säumigen Genossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden. Es ergibt sich sofort die von uns zu behandelnde Frage, ob und wie Prozeßhandlungen der nichtsäumi-

[1]) z. B. Planck, Martin, Hachenburg, Kisch, Medicus, von Amelunxen, Seuffert u. a.

gen Streitgenossen für und gegen die säumigen wirken. Die gleiche Frage entsteht bei Versäumnis einer Frist.

Sodann soll erörtert werden, was geschehen soll, wenn sich die erschienenen Genossen (d. h. wenn alle erschienen sind) im Termin nicht einig sind, oder wenn einzelne Genossen besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen.

B. Allgemeines.

1. Die notwendige Streitgenossenschaft.

Eine ausführliche Aufzählung und Besprechung der zahlreichen über das Problem der notwendigen Streitgenossenschaft aufgestellten Theorien ist nicht Gegenstand der Arbeit. Im übrigen haben sich schon mehrere Arbeiten ausschließlich mit der Kritik der vorhandenen Theorien beschäftigt, sodaß wir im wesentlichen nur wiederholen müßten.

Als Grundlage für die kommenden Betrachtungen ist es aber gleichwohl notwendig, die wesentlichen, durch Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze festzuhalten.

Zunächst ist von grundsätzlicher Bedeutung, daß der Unterschied zwischen § 61 und § 62 ZPO nicht etwa darin liegt, daß bei der gewöhnlichen subjektiven Klagenhäufung (§§ 59, 60) gemäß dem Wortlaut des § 61 mehrere Einzelprozesse vorliegen, bei der Streitgenossenschaft nach § 62 aber nur e i n Prozeß. Man könnte auf Grund der örtlichen Stellung der beiden Paragraphen auf den Gedanken kommen, daß der Gesetzgeber durch die Einreihung der Vorschrift des § 61 v o r der Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft zum Ausdruck bringen wollte, daß § 61 für die Streitgenossenschaft nach § 62 nicht gelten soll. Diese Ansicht wurde früher vertreten. In allen Fällen der Streitgenossenschaft, also auch im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft liegen soviele Prozeßverhältnisse vor, als Streitgenossen vorhanden sind. [1]) Dies ergibt sich aus dem Wesen des Zivilprozesses. Zweck eines Prozesses ist die Feststellung eines Rechts als Rechtserfolg. Es liegen daher ebensoviele Prozesse vor, als Rechtserfolge angestrebt werden, oder besser gesagt: ebensoviele Prozesse, als Rechtserfolge anstrebende Subjekte vorhanden sind. [2])

Außerdem ergibt sich die Richtigkeit der Ansicht von der Mehrheit der Prozeßverhältnisse unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 62 selbst. Denn läge nur e i n Prozeßverhältnis vor, so bedürfte es der Regelung der fiktiven Vertretung nicht.

---

[1]) Motive zu Entw. S. 79. RGZ 14/395
[2]) vgl. Medicus a. a. O. Seite 4

2. Die beiden Alternativen des § 62.

Der § 62 kennt zwei Gruppen der notwendigen Streitgenossenschaft:

a) Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Genossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden,

b) ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen besteht hauptsächlich darin, daß bei der ersten Gruppe die Eigentümlichkeit des streitigen Rechtsverhältnisses, bei der zweiten Gruppe die unter den Genossen bestehende gemeinschaftliche Rechtsbeziehung maßgebend ist, d. h. den Zusammenhang herstellt. [1])

Aus den Motiven [2]) ergibt sich klar, daß die zweite Gruppe auf Fälle zutrifft, in denen das materielle Recht den Erfolg der Klage von der gemeinschaftlichen Erhebung derselben abhängen läßt. Das heißt also, daß bei Klageerhebung durch nur e i n e n Genossen derselbe wegen mangelnder Sachlegitimation abgewiesen würde [3]). Bei der ersten Gruppe dagegen ist die Einzelklage zulässig. Hier werden die Streitgenossen erst dadurch zu solchen, daß sie tatsächlich gemeinsam klagen oder gemeinsam verklagt werden. Es besteht also eine gewisse Berechtigung, die Fälle der zweiten Gruppe als notwendige Streitgenossenschaft im e n g e r e n Sinne zu bezeichnen, denn streng genommen ist die Streitgenossenschaft nur hier notwendig. [4]) Eine Zusammenfassung beider Gruppen unter der gemeinsamen Bezeichnung „notwendige Streitgenossenschaft" ist aber allgemein üblich und auch unbedenklich, wenn man sich den inneren Unterschied vor Augen hält. Das entscheidende Gemeinsame der beiden Alternativen liegt darin, daß, wie allgemein angenommen wird [5]), die Einheitlichkeit der Entscheidung [6]) notwendig ist.

Der Streit um die Einheitlichkeit der Entscheidung nimmt in der Literatur einen breiten Raum ein. Die gründlichste Untersuchung dieses Problems, wie überhaupt des Wesens der notwendigen Streitgenossenschaft hat wohl Medicus [7]) geliefert, indem er die Theorie

---

[1]) vgl. Medicus a. a. O. Seite 30

[2]) Mot. zu Entw. Seite 82 f.

[3]) Hellwig § 123 Anm. 1 weist die Klage als unbegründet ab, Stein-Jonas § 62/III verwirft sie als unzulässig. Diese äußerst umstrittene Frage wird später behandelt werden.

[4]) Baumbach § 62 Anm. 1

[5]) RGZ 96/254, sämtliche Kommentare. Dagegen Wachenfeld a. a. O.

[6]) gemeint ist Sachentscheidung

[7]) Medicus: „Tatbestand und Fälle der besonderen Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO)".

der „Identität der streitigen Rechtsverhältnisse" aufstellte. Diese will folgendes besagen: außer in den Fällen der wirklichen Rechtskrafterweiterung (die stets Fälle der notwendig einheitlichen Feststellung sind), liegt Notwendigkeit einheitlicher Feststellung dann vor, wenn das streitige Rechtsverhältnis für alle Genossen identisch ist [1]). Es handelt sich also bei dem streitigen Rechtsverhältnis (d. h. den streitigen Rechtsverhältnissen) nicht um das „gleiche" Recht, sondern um das „selbe" Recht. Gleichartigkeit bildet nur den Tatbestand der einfachen Streitgenossenschaft. Während also bei der „Theorie der Rechtskrafterstreckung" die Rechtskraftwirkung der Grund für die notwendig einheitliche Entscheidung ist, ist bei der „Theorie der Identität" die für mehrere Genossen erzielte Rechtskraft die Folge der auf Grund der Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft einheitlich für alle Genossen gefällten Urteile. [2])

3. Die verschiedene Behandlung der beiden Alternativen.

Die Frage, ob die beiden Alternativen des § 62 gleich oder verschieden behandelt werden müssen, ist sehr bestritten. Wenn wir oben festgestellt haben, daß bei beiden Alternativen im Endergebnis einheitliche Feststellung verlangt wird [3]), im Endergebnis ein Unterschied also nicht mehr vorhanden ist, so kann damit doch keineswegs die gleiche Behandlung im Verfahren begründet werden. Vielmehr steht eine verschiedene Behandlung nicht im Widerspruch zu der (anerkannten) Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung.

Die verschiedene Behandlung der beiden Alternativen wird besonders von Hachenburg [4]) und Hellmann [5]) geleugnet. Sie gehen von der Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung und dem Grundgedanken des § 62, nämlich der Vermeidung divergierender Entscheidungen, aus. Hachenburg zieht einfach den Schluß, daß § 62 die Gleichheit der mehreren zivilrechtlichen, und darum auch die Gleichheit der mehreren prozessualen Rechtsverhältnisse wolle. Zur Begründung der Ansicht von der Gleichbehandlung der beiden Alternativen werden auch Entscheidungen des Reichsgerichts herangezogen. Dies geschieht m. E. zu Unrecht. Das Reichsgericht zeigt zwar allgemein die Tendenz, die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung anzunehmen, aber es wird nirgendwo ausgesprochen oder auch nur angedeutet, daß diese Notwendigkeit einheitlicher

---

[1]) Medicus a. a. O. Seite 46
[2]) Medicus a. a. O. Seite 54
[3]) Siehe auch RGZ 90/42 und 96/48
[4]) Hachenburg a. a. O. Seite 99 ff.
[5]) Hellmann ZZP 17, 1 ff. Vgl. auch Kisch a. a. O. Seite 18 Anm. 2.

Entscheidung auch die Notwendigkeit einheitlicher Behandlung im Verfahren zur Folge haben solle.

Des weiteren wird von den genannten Schriftstellern die Ansicht von der gleichen Behandlung der beiden Alternativen durch eine teilweise überzeugende Widerlegung der gegenteiligen Ansichten von Hellwig und insbesondere von Wachenfeld zu stützen versucht.

Wachenfeld [1]) begründet die verschiedene Behandlung mit dem Unterschied bezüglich der Zulässigkeit der Einzelklage. Er vermochte sich aber nicht durchzusetzen, weil er für die erste Gruppe des § 62 die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung leugnet. In diesem Punkt hat er die herrschende Meinung mit Recht gegen sich. Die Meinung Wachenfelds, bei der ersten Alternative sei einheitliche Entscheidung nicht notwendig, scheitert schon daran, daß im Wege der Rechtskrafterstreckung derselbe Erfolg erzielt wird, ob nun die Genossen zusammen klagen oder nicht.

Hellwig [2]) führt aus, daß der Streitgenosse (der ersten Gruppe), der durch freiwilliges Mitklagen ein solcher geworden ist, nicht schlechter gestellt sein könne, als ein streitgenössischer Nebenintervenient. Als solcher hätte er nämlich ein Widerspruchsrecht gemäß § 69 ZPO. In diesem § 69 ist § 61 ZPO zitiert, der bestimmt, daß Handlungen des einen Streitgenossen dem andern nicht zum Nachteil gereichen sollen. Es sei unmöglich, so sagt Hellwig, demjenigen, der freiwillig Partei geworden sei, ein geringeres Recht einzuräumen, als er es hätte, wenn er nicht mitgeklagt hätte. Hellwig kommt zwar zu dem richtigen Ergebnis, daß die beiden Alternativen verschiedene Behandlung erfahren müssen, aber seine Begründung ist unrichtig. Er übersieht nämlich, daß von § 61 nicht auf § 62 geschlossen werden darf. Das ergibt sich aus der örtlichen Stellung des § 61 im Gesetz und aus seinem Zwischensatz „soweit sich nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes ein anderes ergibt". Hierdurch ist klar und deutlich auf die Sonderregelung der notwendigen Streitgenossenschaft, d. h. auf den § 62 hingewiesen. Durch die Hinzuziehung der Regelung der Nebenintervention wird die Lösung unseres Problems nicht gefördert, sondern eher gehindert, indem sie verwirrt.

Der richtige Weg führt über die Ueberlegung, daß § 62 eben verschiedene Arten von Streitgenossenschaft kennt. Ihre Gemeinsamkeit liegt nur in der einheitlichen Entscheidung bezüglich des Endergebnisses. Ihr Zustandekommen, ihre innere Gesetzmäßigkeit sind verschieden, und damit muß auch ihre Behandlung im Prozeß verschieden sein. Dies ergibt sich daraus, daß bei der ersten

---

[1]) Wachenfeld ZZP 33, 96
[2]) Hellwig Lehrbuch III Seite 177

Gruppe ein Genosse allein klagen kann, bei der zweiten Gruppe müssen aber alle zusammen klagen oder verklagt werden, andernfalls die Klage der Abweisung verfällt. Das ist ein fundamentaler Unterschied. Man kann die notwendige Streitgenossenschaft der zweiten Gruppe, also die notwendige Streitgenossenschaft im engeren Sinne mit Fug und Recht eine „zwangsmäßige" nennen, während die der ersten Gruppe eine „freiwillige" ist. Die Ausdrücke, für die wir uns soeben entschieden haben, werden in der Literatur nirgends gebraucht, obwohl sie (insbesondere der erstere) das Wesen der Sache klar und richtig treffen. Es kann also unmöglich so sein, daß Streitgenossen, die zwangsläufig zu solchen werden mußten, weil sie anders überhaupt keinen Rechtserfolg erzielen können, solchen Streitgenossen gleichgestellt werden, die freiwillig, aus irgend einem besonderen Interesse, mitgeklagt haben, um Partei zu sein. Die Stellung der letzteren erscheint logischerweise freier, als die der andern.

Zur Unterscheidung der beiden Alternativen sollen im weiteren die Bezeichnungen „zwangsläufig" und „freiwillig" dienen. Zwangsweise, weil hier keiner der Genossen allein klagen oder verklagt werden kann; freiwillig, weil hier jeder Genosse allein klagen und verklagt werden kann, ein Mitklagen nur deshalb erfolgt, weil die Entscheidung auch gegen den Nichtklagenden Rechtskraft wirken würde.

Wenn wir soeben festgestellt haben, daß bei der zwangsläufigen Streitgenossenschaft, also der notwendigen Streitgenossenschaft im engeren Sinne, einer allein nicht klagen kann, weil er wegen mangelnder Sachlegitimation abgewiesen würde, so erhebt sich die Frage, ob seine Klage als unbegründet oder als unzulässig zu gelten hat. Diese Frage wird in der Literatur über das Problem der notwendigen Streitgenossenschaft zwar überall gestreift (die einen entscheiden sich für unbegründet, die andern für unzulässig), aber eigentlich nirgends eingehend behandelt. Wir haben vorweggenommen, daß dem allein klagenden Genossen die Sachlegitimation fehlt. Was ist nun diese Sachlegitimation? Und warum fehlt sie dem allein Klagenden? Die Sachlegitimation (auch Aktivlegitimation, Sachbefugnis, Klagbefugnis) ist scharf zu unterscheiden von der Prozeßführungsbefugnis. Die Prozeßführungsbefugnis besagt, wer die richtige Partei ist, d. h. wer diejenige Partei ist, der gegenüber das Gericht über die Streitsache erkennen darf. Die Prozeßführungsbefugnis ist Prozeßvoraussetzung. Fehlt sie, so erfolgt Abweisung der Klage als unzulässig, da gegenüber einem nicht Prozeßführungsbefugten nicht zur Hauptsache geurteilt werden darf. Es ist aber wichtig, daß diese Abweisung keine Einrede nach § 274 zur Folge hat. Die Sachlegitimation dagegen ist etwas völlig anderes. Sie ist die subjektive Seite des streitigen Rechtsverhältnisses, also die sach-

lich-rechtliche Seite, nämlich das Zustehen eines Rechts. Sie gehört somit zur sachlichen Klageberechtigung, d. h. zur Klagebegründetheit [1]). Fehlt sie, so wird die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Prozeßführungsbefugnis und die Sachlegitimation fallen normalerweise zusammen. Aber gerade der von uns ins Auge gefaßte Fall zeigt, daß sie nicht zusammenfallen müssen. Der allein klagende Genosse ist nämlich prozeßführungsbefugt, denn er ist eine Partei, der gegenüber das Gericht über den Streitgegenstand erkennen darf. Aber er ist nicht sachlich legitimiert, denn die Prüfung der materiellen Rechtslage ergibt, daß er z. B. nicht allein Eigentümer des streitigen Rechts oder der streitigen Sache ist, kurz, daß er die materiellrechtliche Verfügungsgewalt nicht allein hat. Der Mangel dieser Gewalt ist also etwas nur Materiellrechtliches und kann sich daher nur im Klaggrund äußern. Klagt also in einem Fall der zwangsläufigen Streitgenossenschaft (meistens handelt es sich hier um Gesamthandsverhältnisse wie z. B. Erbengemeinschaft) ein „Genosse" (also z. B. ein Erbe allein), so verfällt seine Klage der Abweisung als unbegründet.

C. Die notwendige Streitgenossenschaft im Verfahren.

1. Ein Teil der Genossen ist säumig.

1. Die Lehrmeinungen bezüglich der Konstruktion des § 62.

a) Die Reflextheorie.

Hachenburg wendet den von v. Ihering [2]) in die Rechtswissenschaft eingeführten Begriff der Reflexwirkung auf die prozessualen Wirkungen des § 62 an. [3]) Als Reflexwirkung bezeichnet Hachenburg [4]) „diejenigen rechtlichen Wirkungen einer Tatsache, die unmittelbar und in der gleichen Weise für ein weiteres Rechtsverhältnis, als für das sie infolge der Rechtskonsequenz sich äußern sollten, eingetreten sind". Das soll heißen, daß in bestimmten Fällen nicht nur die normalen rechtlichen Folgen eintreten, die an einen Tatbestand geknüpft sind, sondern Wirkungen eintreten, die über diese normalen Folgen hinausgehen.

Hachenburg [5]) meint, wenn ein Streitgenosse verhandelt, dann

---

[1]) Baumbach Kommentar Grundzüge 2) vor § 50
[2]) von Iherings Jahrbuch 10. 345
[3]) Außer Hachenburg: Hangen a. a. O. Seite 1 ff.
[4]) Hachenburg a. a. O. Seite 34
[5]) a. a. O. Seite 38

bleiben die prozessualen Rechte der säumigen Genossen gewahrt. Trotzdem der Rechtsakt des handelnden Genossen nur für ihn selbst bestimmt ist, erzeugt er eine Wirkung für die säumigen, also nicht handelnden Genossen, und zwar ohne, ja sogar gegen seinen Willen. Es entstände, so meint Hachenburg, eine von dem handelnden Genossen unabhängige Wirkung, eine mechanische Reflexwirkung.

Die genannte Wirkung tritt, so meint Hachenburg weiter, im Gegensatz zur Stellvertretung, wo sie nur für den Vertretenen eintritt, sowohl für den Handelnden, als auch für den Nichthandelnden ein.

Der Ansicht Hachenburgs ist durch Meyer [1]) und Walsmann [2]) in überzeugender Weise entgegengetreten worden. Durch die Reflextheorie ist nämlich weiter nichts gewonnen, solange nicht gesagt ist, wie weit die Reflexwirkung reicht. Wenn Hachenburg sagt, die prozessuale Lage der nicht erschienenen Genossen werde durch die Reflexwirkung der Handlung des erschienenen Genossen gewahrt, so ist damit nur kompliziert ausgedrückt, was das Gesetz sowieso schon zum Ausdruck bringt. Die prozessuale Lage der säumigen Genossen ist deshalb gewahrt, weil es das Gesetz ganz einfach so bestimmt. Es ist aber notwendig zu wissen, wie weit diese Reflexwirkung reicht. Irgend eine Grundlage zur Beantwortung der im streitgenössischen Verfahren auftauchenden Probleme, d. h. zur Abgrenzung der Reflexwirkung ist durch die Hachenburgsche Theorie nicht geliefert. Sie bringt uns nicht weiter, als wir durch den Wortlaut des Gesetzes an sich schon sind. Sie ist daher unbrauchbar.

b) Die Vertretertheorie.

Nach dieser von v. Amelunxen [3]) entwickelten Theorie ist der eine Streitgenosse als Vertreter des andern anzusehen. Während wir die Reflextheorie ablehnen mußten, weil sie überhaupt nicht zu Ergebnissen führt, müssen wir die Vertretertheorie, die längere Zeit als herrschende Meinung galt, ablehnen, weil sie zu unhaltbaren Ergebnissen führt und außerdem zu dem im bürgerlichen Recht entwickelten Vertreterbegriff im Widerspruch steht.

Die Grundsätze des BGB bezüglich der Stellvertretung lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: die Erfordernisse einer Willenserklärung und die Entgegennahme einer solchen werden aus der Person des Vertreters beurteilt; die gesamte Rechtswirkung trifft aber unmittelbar und allein den Vertretenen, sofern der Ver-

---

1) ZZP 14 / 386
2) a. a. O. Seite 91
3) auch Hellmann Lehrbuch Seite 242

treter Vetretungsmacht hat und sein Wille, für den Vertretenen zu handeln, erkennbar ist [1]). Zum Vertreterbegriff gehört also in erster Linie, daß der Handelnde mit bewußter und gewollter Beziehung auf den Vertretenen handelt [2]). Demgegenüber liegt die Situation der Vertretung im Sinne des § 62 so: ein Genosse ist im Termin erschienen, die andern sind nicht erschienen. Der erschienene Genosse verhandelt, erklärt, verzichtet, erkennt an usw. Wollten wir nun die obigen Grundsätze der Stellvertretung des bürgerlichen Rechts anwenden, so würden alle diese Handlungen ohne weiteres für und gegen die säumigen Genossen wirken. Die Folge wäre, daß der säumige Genosse in der gleichen Weise seinem Genossen ausgeliefert wäre, wie wenn er ihm Vollmacht erteilt hätte. Er wäre damit schlechter gestellt, als er wäre, wenn das Gesetz eine Regelung der Säumnis einzelner Genossen im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft überhaupt nicht gegeben hätte. Denn bei Erlaß eines Versäumnisurteils könnte er seine vorherige prozessuale Lage mühelos wiederherstellen, so aber wäre er dem anderm Genossen völlig ausgeliefert und könnte durch Anerkenntnis oder Verzicht oder durch ungünstigen Vergleich des erschienenen Genossen seines Rechts ganz oder teilweise verlustig gehen. Angesichts solcher möglicher Konsequenzen muß die Vertretertheorie schon von vornherein abgelehnt werden.

Abgesehen davon fehlt es auch an der Vertretungsmacht und am Vertretungswillen. Daß letzterer vorhanden sein k a n n, spielt keine Rolle. Wir halten daher an folgendem fest: der erschienene Genosse ersetzt nicht den Willen der andern, ohne für sich selbst zu handeln, sondern er handelt für sich selbst, ohne (bewußt und gewollt) den Willen der andern zu ersetzen.

Die Vertretertheorie ist auch nicht in der von Kisch [3]) vertretenen weiteren Fassung annehmbar. Kisch meint, es ließen sich schon im materiellen Recht Vertretungshandlungen denken, bei denen die Beziehung auf den Vertretenen gewissermaßen objektiviert und deshalb so zweifelsfrei erscheint, daß im Einzelfall das Bewußtsein und der Wille des Handelns für eine dritte Person fehlen kann (Beispiel: der Handlungsgehilfe im Verkaufsladen). Kisch empfiehlt eine solche Erweiterung des Vertreterbegriffs für das Prozeßrecht, ohne dies aber näher zu begründen. Es ist jedenfalls kein Grund einzusehen, warum der Vertreterbegriff im formellen Recht ein anderer sein soll, als im materiellen Recht. Ohne den Willen des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln, kann von Vertretung eben nicht gesprochen werden. Darauf allein kommt

---

[1]) RG Warneyer 10/479
[2]) Enneccerus-Nipperdey § 166
[3]) Kisch a. a. O. Seite 76 ff.

es an. Der Gedanke Kischs, ist an sich richtig, trifft aber sozusagen nur das äußere Erscheinungsbild, nicht das innere Wesen der Sache. Wenn Kisch sagt, es liege zwar keine Vertretung im strengen Sinn vor, objektiv betrachtet sei es aber doch eine Vertretung, so muß dem als entscheidende Ueberlegung entgegengehalten werden, daß der Vertreterbegriff des bürgerlichen Rechts und die Vertreterkonstruktion des § 62 überhaupt nicht in unmittelbare Verbindung gebracht werden dürfen. Die Vertretertheorie ist daher auf jeden Fall unbrauchbar. Im übrigen macht Kisch [1]) selbst bezüglich der praktischen Auswirkung seiner Theorie eine so entscheidende Einschränkung, daß damit die Aufrechterhaltung der Vertretertheorie unmöglich wird, indem er sagt, daß der nichtsäumige („fleißige") Genosse den säumigen nur insoweit vertritt, als er für sich selbst handelt. Er könne nicht für den andern handeln, ohne zugleich für sich zu handeln. Wenn dem so ist, und es *ist* so, dann liegt eben keine Stellvertretung vor.

c) Die Fiktionstheorie.

Es erscheint vielmehr angebracht, die Bedeutung der Konstruktion des § 62 aus dem genauen Wortlaut desselben herzuleiten. Der § 62 Abs. I lautet in seinem letzten Teil:

„so werden die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen."

Das heißt: Der Gesetzgeber sagt klar und deutlich, daß eine Stellvertretung *tatsächlich* nicht vorliegt, sondern daß es lediglich so angesehen werden soll, als ob eine solche vorläge. Es wird also eine Stellvertretung *fingiert*. Der Ausdruck „Fiktionstheorie" ist daher absolut zutreffend. [2])

Der Fiktionstheorie wird von Stein-Jonas [3]) mit dem Argument entgegengetreten, daß es möglicherweise in der Tat die Absicht des erschienenen Genossen sein könne, auftragsgemäß für den nichterschienenen Genossen zu handeln, sodaß man nicht mehr von einer nur fingierten Stellvertretung sprechen könne. Stein-Jonas übersieht dabei, daß dann überhaupt kein Fall der Säumnis vorliegt und somit § 62 gar nicht Platz greift. Dies gilt jedenfalls für den Fall, daß der erschienene Genosse im Besitz einer schriftlichen Vollmacht ist. Aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, kann sich niemals eine problematische Situation ergeben, denn der handelnde Genosse ist durch das Einverständnis des säumigen gedeckt. Wir wollen aber doch eine Grundlage finden, um Fälle entscheiden zu können, in denen der erschienene Genosse einfach im Rahmen des § 62, d. h. seiner fiktiven Vertretung handelt, unabhängig von dem

---

[1]) a. a. O. Seite 79
[2]) hauptsächlich Wachenfeld a. a. O. Seite 128 f. Auch Gruchot.
[3]) Stein-Jonas § 62 IV.

Einverständnis oder Nichteinverständnis der säumigen Genossen, und in denen die säumigen Genossen mit den Handlungen des erschienenen nicht einverstanden sind. Nur dann ist überhaupt eine problematische Situation vorhanden.

Wir haben uns zur Annahme der Fiktionstheorie entschlossen, weil sie klar dem Wortlaut des Gesetzes entspricht und jede konstruktive Theoretik unnötig macht. Oberflächlich betrachtet scheint es gleichgültig zu sein, ob gesagt wird: es liegt Stellvertretung vor, oder ob gesagt wird: es wird so angesehen, als ob Stellvertretung vorläge. Der Unterschied liegt aber nicht so sehr in der inneren Konstruktion als in der praktischen Auswirkung. Wie wir schon oben festgestellt haben, ist die Vertretertheorie praktisch deshalb unhaltbar, weil die Vertretungsmacht unbegrenzt ist und das Problem dadurch erstarrt, weil einfach die Handlungen des erschienenen vertretungsmächtigen Genossen unabänderlich für die gesamte Streitgenossenschaft gelten. Demgegenüber läßt die Vertretungsfiktion je nach Lage des Falles Spielraum bezüglich des Umfangs der Vertretungsmacht. Deswegen hat der Gesetzgeber die fiktive Ausdrucksweise gewählt, denn wenn er das Prinzip der Stellvertretung direkt ausgesprochen hätte, wäre der Umfang der Vertretungsmacht unbeschränkt gewesen. Es darf ruhig einmal gesagt werden, daß die Formulierung des § 62 (allerdings nur in diesem Punkt) juristisch sehr fein gedacht ist, während die älteren Theoretiker die fiktive Formulierung als unglücklich ansahen und infolgedessen zu kommentieren und zu konstruieren anfingen, wo es gar nicht nötig gewesen wäre. Die Fiktionstheorie vermeidet die starren Folgen der Vertretertheorie und gibt die Möglichkeit, die Abgrenzung der Vertretungsmacht beweglicher zu gestalten, d. h. diese Abgrenzung dem materiellen Recht zu überlassen. Wir sind aber immer dann auf dem richtigen Weg, wenn uns die praktische Durchführung einer prozessualen Theorie auf das materielle Recht verweist. Somit schält sich auch hier der oberste Grundsatz des Prozeßrechts heraus, daß dieses der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen hat.

2. Die Regelung der Terminsversäumnis.

Hier soll unseren Betrachtungen eine allgemeine Feststellung vorausgeschickt werden. Der § 62 spricht bei der Regelung der Vertretungsfiktion von einem „Termin" schlechthin. Es kann aber damit nicht jeder Termin gemeint sein, denn Sinn und Zweck des § 62 ist die Vermeidung eines Versäumnisurteils. Die Vertretungsfiktion kann sich daher nur auf Termine erstrecken, in denen überhaupt ein Versäumnisurteil ergehen kann. Wo es sich also um Termine handelt, in denen die Gefahr eines Versäumnisurteils nicht besteht, kommt § 62 nicht zur Anwendung. Dies gilt insbesondere für die sog. fakultativen Termine (§§ 46, 225, 226, 227 ZPO)

und für den Termin zur Beweisaufnahme vor dem ersuchten oder beauftragten Richter (§ 367). [1]).

Selbstverständlich entfällt § 62 auch in denjenigen Verfahren, die nicht der Dispositionsmaxime, sondern der Offizialmaxime unterliegen, in denen also ein Versäumnisurteil kraft gesetzlicher Vorschrift nicht ergehen darf.

Im folgenden sollen nun die einzelnen Prozeßhandlungen betrachtet werden. Es empfiehlt sich dabei, der Untersuchung über die Anwendung des § 62, die auf die Frage des Umfangs der Vertretungsmacht bezüglich der zu behandelnden Prozeßhandlung hinausläuft, jeweils eine kurze Darstellung des Wesens der betreffenden Prozeßhandlung vorauszuschicken. Prozeßhandlung ist hier im weitesten Sinn gemeint, d. h. es soll darunter jede in einem Prozeß vorkommende Parteitätigkeit verstanden werden.

a) Die Prozeßvoraussetzungen.

Die Frage, ob die fingierte Vertretung des § 62 auf Prozeßhandlungen, die sich auf Prozeßvoraussetzungen beziehen, angewendet werden kann, ist sehr bestritten.

So wird behauptet [2]), die Anwendung scheide von vornherein aus, weil der Streit um die Prozeßvoraussetzungen der Erörterung des materiellen Streitgegenstandes vorausgehe. Da sich aber die Frage des Vorliegens einer notwendigen Streitgenossenschaft aus dem materiellen Recht ergebe (was zweifellos richtig ist), könne zu einem Zeitpunkt, in dem noch über Prozeßvoraussetzungen gestritten werde, eine Vorschrift der notwendigen Streitgenossenschaft gar nicht zur Anwendung kommen, weil man ja noch nicht wisse, ob eine notwendige Streitgenossenschaft überhaupt vorliege. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Prozeß nicht mit der Verhandlung zur Hauptsache beginnt, sondern mit der Klageerhebung. Das ergibt sich daraus, daß ein Prozeß erst dann vorhanden ist, wenn ein Prozeßrechtsverhältnis entstanden ist. Dieses entsteht mit der Klageerhebung, genau gesagt mit der Zustellung der Klageschrift, selbst wenn Prozeßvoraussetzungen fehlen. Es mag richtig sein, daß man erst im Laufe der Verhandlung zur Hauptsache feststellen kann, ob notwendige Streitgenossenschaft, oder gar welche der beiden Alternativen, vorliegt. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß von vornherein entweder notwendige Streitgenossenschaft vorliegt oder nicht vorliegt. Es kann also diese Frage nicht zum Ausgangspunkt der gegenwärtigen Betrachtung gemacht werden, wie Hachenburg das tut.

Der richtige Weg führt vielmehr über eine andere Ueberlegung. Wir haben bei der Besprechung der Theorien bezüglich der Kon-

[1]) vgl. Kisch a. a. O. Seite 57; Hachenburg a. a. O. Seite 46.
[2]) vgl. Hachenburg Seite 109.

struktion des § 62 gesehen, daß sich die Vertretungsfiktion nur auf Handlungen beziehen kann, die der erschienene Genosse selbst vornehmen kann, d. h. daß er nicht mit Wirkung für den säumigen Genossen eine Erklärung abgeben kann, die nur in der Person des säumigen Genossen begründet ist, die er also für sich selbst nicht ins Feld führen kann. Es kommt daher darauf an, ob es sich um eine Prozeßeinrede handelt, die sich aus der gemeinsamen Rechtslage ergibt, oder um eine solche, die nur für einen Genossen von Bedeutung ist. Damit ist die Frage der Anwendbarkeit des § 62 schon geklärt. Bezieht sich die prozeßhindernde Einrede des erschienenen Genossen auf die gemeinsame streitgenössische Rechtslage, so wäre es ein Unding, die Vertretungsfiktion des § 62 nicht anzuwenden. Andererseits kann der fleißige Genosse nicht prozeßhindernde Einreden geltend machen, die nur in der Person eines Säumigen begründet sind. Das steht mit dem oben Gesagten in scheinbarem Widerspruch. Man könnte nämlich daran denken, daß man von einer Prozeßvoraussetzung, die die gemeinsame Rechtslage betrifft, nicht sprechen kann, wenn man noch nicht weiß, ob eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt. Es ist aber jedenfalls eine Mehrheit von Klägern oder Beklagten als Tatsache vorhanden. Es kann deshalb auch das Bestehen oder Nichtbestehen einer Prozeßvoraussetzung in Bezug auf alle Kläger oder alle Beklagten gegeben sein.

Die nicht von Amts wegen zu berücksichtigenden Einreden des § 274, also z. B. die Einrede der mangelnden Kostenerstattung des früheren Verfahrens, können nur von denjenigen vorgebracht werden, die sie unmittelbar angehen. Falls diese säumig sind, kann der Erschienene nicht die Einrede für sie vorbringen. Ebenso ist der erschienene Genosse nicht befugt, den Nachweis der Kostenerstattung zu erbringen, deren Mangel bezüglich nur eines Genossen geltend gemacht wurde. Das ergibt sich wiederum aus der seinerzeitigen Feststellung, daß die Vertretertheorie abgelehnt werden muß, weil von einer wirklichen Vertretung nicht die Rede sein kann, wenn der Vertreter für den Vertretenen nur handeln kann, wo er für sich selbst handeln kann [1]).

Die Frage der Präklusionswirkung ergibt sich dann von selbst. Der säumige Genosse wird mit der nur in seiner Person begründeten prozeßhindernden Einrede nicht ausgeschlossen, wenn der erschienene Genosse schon zur Hauptsache verhandelt hat. Er kann vielmehr, sobald er erscheint, auch nach erfolgter Einlassung seine Einrede vorbringen.

Soweit es sich aber um Prozeßvoraussetzungen handelt, die die

[1]) Kisch a. a. O. Seite 61

gemeinsame Rechtslage betreffen, vertritt der erschienene Genosse die säumigen, denn das will ja § 62 gerade. Der erschienene Genosse kann also z. B. die Zuständigkeit des Gerichts für die gemeinsam Beklagten bestreiten (diese Einrede hängt bestimmt nicht davon ab, welche Art von Streitgenossenschaft vorliegt, bzw. sich später herausstellt, um auf die Meinung Hachenburgs zurückzukommen). Verzichtet der erschienene Genosse in diesem Fall ausdrücklich oder stillschweigend auf seine Einrede, so können die andern Genossen diese Einrede später nicht mehr geltend machen, d. h. sie sind präkludiert. Die gemeinsame Rechtslage wird durch die Tätigkeit des erschienenen Genossen gemeinsam verändert [1]).

Es sei hier noch darauf hingewiesen, daß die von Amts wegen zu berücksichtigenden Einreden des § 274 nicht hierher gehören. Wenn der erschienene Genosse eine solche Einrede vorbringt (z. B. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs § 274 Ziff. 2), so trifft die Entscheidung darüber selbstverständlich sämtliche Genossen. Der Erschienene handelt also in diesem Fall für die Säumigen. Das ist aber nicht die Folge der Vertretungsfiktion des § 62, sondern die Folge positiver gesetzlicher Vorschrift. Es handelt sich bei diesen „Einreden" nämlich in Wirklichkeit gar nicht um solche, sondern vielmehr um „Anregungen" für den Richter. Wenn der Erschienene nichts diesbezügliches erklärt und der Richter das Fehlen einer solchen Prozeßvoraussetzung von sich aus feststellt, so ist die Wirkung die gleiche. Der § 274 ZPO ist bekanntlich ungenau, indem er unter „Prozeßhindernde Einreden" sowohl die von Amts wegen, als auch die nicht von Amts wegen zu berücksichtigenden durcheinander aufzählt.

b) Verzicht und Anerkenntnis.

Von besonderem Interesse ist die heiß umstrittene Frage, ob der erschienene Genosse mit Wirkung für die andern verzichten oder anerkennen kann. Eine Zusammenbehandlung von Verzicht und Anerkenntnis ist gerechtfertigt, weil beide Prozeßhandlungen ihrem inneren Wesen nach gleich sind.

Es ist zunächst notwendig, die Rechtsnatur von Verzicht und Anerkenntnis kurz zu untersuchen. Der Verzicht (§ 306 ZPO) ist die einseitige Erklärung des Klägers, er wolle auf den geltend gemachten Anspruch verzichten. Es handelt sich also um etwas ganz anderes wie bei der Klagezurücknahme, denn im Verzicht liegt das Zugeständnis, daß der Anspruch nicht oder mindestens im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bestehe. Der Verzicht bedeutet also Zurücknahme nicht der Klage, sondern der Rechtsbehauptung des Klägers. Das Anerkenntnis (§ 307 ZPO) ist die einseitige Erklärung

[1]) Kisch a. a. O. Seite 63.

des Beklagten, er wolle den gegen ihn geltend gemachten Anspruch anerkennen. Darin liegt das Zugeständnis, daß der Anspruch bestehe.

Verzicht und Anerkenntnis sind Konsequenzen der unser Zivilprozeßrecht beherrschenden Dispositionsmaxime. Sie haben zur Folge, daß der Richter (auf Antrag) ein Verzichts- oder Anerkenntnisurteil erlassen m u ß. Die Rechtsnatur von Verzicht und Anerkenntnis ist im übrigen sehr bestritten. Ohne auf eine ausführliche Erörterung des Streits einzugehen, seien die Hauptmeinungen angedeutet. Hellwig [1]) hält Verzicht und Anerkenntnis für reine Prozeßhandlungen. Ebenso Hegler [2]), Förster-Kann [3]), Pagenstecher [4]) und andere. Die genannten Schriftsteller begründen dies damit, daß Verzicht und Anerkenntnis des Prozeßrechts sich nach Form und Gegenstand von den entsprechenden materiellrechtlichen Rechtsgeschäften unterscheiden. Der prozessuale Verzicht und das prozessuale Anerkenntnis könnten keine Ansprüche neu schaffen, aufheben oder verändern, denn beim Verzicht bestehe der Anspruch nicht, beim Anerkenntnis bestehe er. Das Wesen der entsprechenden materiellen Rechtsgeschäfte liege aber gerade in der Begründung, Aufhebung oder Aenderung von Rechtsverhältnissen. Daher seien Verzicht und Anerkenntnis reine Dispositionshandlungen, die für sich allein keinerlei Wirkungen erzeugen könnten. Erst das auf Antrag zu ergehende Urteil könne diese Wirkungen erzeugen. Fehle z. B. der Antrag des Gegners auf Erlaß eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils, so sei der erklärte Verzicht oder das erklärte Anerkenntnis ohne Bedeutung und Folge. Das ist an sich richtig. Allein der Meinung, daß Verzicht und Anerkenntnis „reine" Prozeßhandlungen seien, kann nicht zugestimmt werden.

Demgegenüber sind Stein [5]) und Kohler [6]) der Ansicht, Verzicht und Anerkenntnis seien gleichzeitig sowohl Prozeßhandlungen als auch materielle Rechtsgeschäfte. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt das Reichsgericht [7]) ein, indem es von in Gestalt von Prozeßhandlungen vorkommenden Rechtsgeschäften spricht.

Es ist selbstverständlich, daß Verzicht und Anerkenntnis zunächst Prozeßhandlungen sind. Es ist auch richtig, daß der prozessuale Verzicht und das prozessuale Anerkenntnis sich von den entsprechenden materiellen Rechtsgeschäften unterscheiden. Während z. B. der prozessuale Verzicht stest einseitig erklärt wird, ist der materiellrechtliche Verzicht ein Vertrag; während ersterer ohne

1) Hellwig: Anspruch und Klagerecht Seite 156
2) Hegler a. a. O. Seite 133 und 218
3) Förster-Kann § 307
4) Pagenstecher Seite 278
5) Stein-Jonas § 306
6) Kohler ZZP 291/36
7) RGZ 56/336

Urteil keine Wirkungen hat, vernichtet letzterer das Recht; während ersterer unanfechtbar ist, unterliegt letzterer der Anfechtung z. B. wegen Willensmangel usw. Es ist aber trotzdem einseitig und nicht praktisch, Verzicht und Anerkenntnis des Prozeßrechts als „reine" Prozeßhandlungen anzusehen. Denn wenn auch materielle Wirkungen erst durch Antrag und Urteil entstehen, so ist dieses Urteil nicht nur eine reine prozessuale Folge, sondern die im Urteil ausgesprochene Regelung ist der beabsichtigte Z w e c k des Verzichts oder des Anerkenntnisses. Der Ausdruck „Dispositivakt" ist daher völlig zutreffend. Die Dispositionsmaxime, die Verzicht und Anerkenntnis erst ermöglicht, bedeutet die Herrschaft der Parteien über den Streitgegenstand, also über den Inhalt des Prozesses, über den Prozeßstoff, während die Herrschaft über den Gang des Prozesses vielfach eingeschränkt ist. Jedenfalls kann es von niemand geleugnet werden, daß Verzicht und Anerkenntnis das materielle Recht beeinflussen. Gewiß ist diese Beeinflussung nur eine mittelbare, was sich schon daraus ergibt, daß Verzicht und Anerkenntnis gegenüber dem Richter, nicht etwa gegenüber dem Gegner zu erklären sind. Der Einwand, daß ohne Antrag auf Erlaß eines Urteils Verzicht und Anerkenntnis folge- und bedeutungslos sind, ist nicht durchschlagend. Es wird wohl noch kaum vorgekommen sein, daß auf ein erklärtes Anerkenntnis kein Anerkenntnisurteil beantragt wurde und auch erging. Es ist daher daran festzuhalten, daß Verzicht und Anerkenntnis die sofortige Herbeiführung eines Urteils bezwecken. Dieses Urteil kann sich aber nur auf die materiellrechtliche Lage beziehen. Unsere Untersuchung muß also die Tatsache im Auge behalten, daß ein von dem erschienenen Genossen erklärter Verzicht oder ein von ihm erklärtes Anerkenntnis eine Wirkung auf das materielle Recht der säumigen Genossen hätte, wollte man diese Verzichts- und Anerkenntniserklärung uneingeschränkt gelten lassen. Es muß folglich die Frage, ob der erschienene Genosse mit Wirkung für und gegen die säumigen verzichten oder anerkennen kann, durch die materielle Rechtslage, soweit sie Grundlage der Streitgenossenschaft ist, entschieden werden. Da aber diese Grundlage für die beiden Alternativen des § 62 eine verschiedene ist, muß auch die Beantwortung der gegenwärtigen Frage für die beiden Alternativen verschieden sein. Das sei vorweggenommen.

In Fällen der zweiten Alternative (meistens Gesamthandsverhältnisse, z. B. Miterbengemeinschaft) kann ein einzelner Genosse nicht außerhalb des Prozesses wirksam über den (nunmehrigen) Streitgegenstand verfügen. Nur alle gemeinsam können verfügen. Damit ist unsere Frage schon beantwortet. Würde man in Fällen der zweiten Alternative Verzicht und Anerkenntnis für die säumigen Genossen gelten lassen, so hätte dieser erschienene Genosse über

den Umweg des Prozesses doch mit Wirkung für und gegen die andern verfügt. Es ist aber unmöglich, eine Vorschrift des Prozeßrechts so auszulegen, daß durch diese Auslegung Wirkungen eintreten können, die das materielle Recht verbietet. Das materielle Recht muß das Primat haben. Das formelle Recht dient nur seiner praktischen Durchführung. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß in Fällen der zwangsläufigen Streitgenossenschaft die Vertretungsfiktion des § 62 nicht auf die Dispositivakte Verzicht und Anerkenntnis angewendet werden darf. Verzichtet oder anerkennt der erschienene Genosse, so mag der Richter diese Erklärung eindrucksmäßig verwerten, aber er darf kein Verzichts- oder Anerkenntnisurteil erlassen.

Im Falle der ersten Alternative ist die Tatsache maßgebend, daß es sich hier um eine eigentlich notwendige Streitgenossenschaft gar nicht handelt. Hier hätte jeder Genosse allein oder überhaupt nicht klagen können. Nehmen wir an, der (erschienene) Genosse hätte allein geklagt, oder er wäre allein verklagt worden, und es wäre ein Verzichts- oder Anerkenntnisurteil ergangen, dann hätte dieses Urteil auch gegen die andern Rechtskraft gewirkt. Da in Fällen der ersten Alternative das materielle Recht eine verschiedene Behandlung des Streitgegenstandes außerhalb des Prozesses erlaubt, kann die Disposition über den Streitgegenstand auch nicht im Rahmen des Prozesses verboten sein. Die Anwendung der Vertretungsfiktion auf einen vom erschienenen Genossen erklärten Verzicht oder ein erklärtes Anerkenntnis ist daher geboten. Das Haupterfordernis, nämlich die notwendig einheitliche Entscheidung, ist gewahrt.

Fuhr [1]) ist der Ansicht, Verzicht und Anerkenntnis binden die säumigen Genossen niemals, denn in einem späteren Termin (wenn also auf Grund des Anerkenntnisses oder des Verzichts keine Entscheidung ergangen ist) stehe den säumigen, jetzt erschienenen Genossen nichts im Wege, einen, dem Standpunkt des bisher fleißigen Genossen gegenüber gegensätzlichen Standpunkt einzunehmen. Er brauche zu diesem Zweck nicht erst den vom seinerzeit fleißigen Genossen erklärten Dispositivakt anzufechten. Diese Begründung schlägt nicht durch. Wenn ein Verzicht oder ein Anerkenntnis erklärt worden ist, so ergeht Urteil und der Prozeß ist zu Ende. Ein späterer Termin kann also nur stattfinden, wenn der Antrag auf Erlaß eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils wider Erwarten nicht gestellt worden ist. Praktisch dürfte das wohl kaum vorkommen. Man könnte sich allenfalls den Fall denken, daß dem Kläger an einem Anerkenntnisurteil nichts gelegen ist, weil er auf

---

[1]) Fuhr a. a. O. Seite 21; Vgl. Förster-Kann § 62 4a cc; RGJW 02 / 162, 44; Kisch a. a. O. Seite 50; Stein-Jonas § 62 IV, 3.

die Erörterung bestimmter Tatsachen und Beweiserhebung hierüber aus einem bestimmten persönlichen Grund erpicht ist. Dann ist das Anerkenntnis selbstverständlich bedeutungslos, der Prozeß geht weiter und die andern Genossen können im späteren Termin weiterverhandeln, als ob niemals ein Anerkenntnis erklärt worden wäre. Insofern hat Fuhr recht. Eine Anfechtung des erklärten Anerkenntnisses ist nicht nötig. Fuhr kann aber damit nicht begründen, daß Verzicht und Anerkenntnis die säumigen Genossen überhaupt niemals binden. Wir haben doch den Fall im Auge, daß der erschienene Genosse verzichtet oder anerkennt, daß weiter das Verzichts- oder Anerkenntnisurteil beantragt wird und daß es auch ergeht. Man kann nun nicht die Wirksamkeit eines so erklärten Verzichts oder eines so erklärten Anerkenntnisses bestreiten, indem man ausführt, daß in einem späteren Termin die Anfechtung des Verzichts oder des Anerkenntnisses nicht nötig ist, um weiterverhandeln zu können, indem man also sagt, was später geschehen kann oder nicht zu geschehen braucht, wenn ein „Später" überhaupt nicht eintreten kann.

Wir halten daher an unserem Ergebnis fest, daß die Dispositivakte Verzicht und Anerkenntnis im Falle der ersten Alternative von der Vertretungsfiktion des § 62 erfaßt werden. Im Falle der zweiten Alternative aber nicht.

c) Das Geständnis.

Bevor auf das Problem eingegangen wird, das sich ergibt, wenn der erschienene Genosse gesteht, soll die rechtliche Natur des Geständnisses (§ 288 ff ZPO) kurz untersucht werden.

Bei der Besprechung von Verzicht und Anerkenntnis, den sog. Dispositivakten, haben wir festgestellt, daß diese sowohl Prozeßhandlungen, als auch materiellrechtliche Rechtsgeschäfte sind. Letzteres in dem Sinn, daß sie bestimmt und geeignet sind, auf die materielle Rechtslage einzuwirken. Wir haben daraus geschlossen, daß Verzicht und Anerkenntnis keine „reinen" Prozeßhandlungen sein können. Von manchen Schriftstellern [1]) wird nun das Geständnis ebenfalls zu den Dispositivakten gerechnet. Das wird damit begründet, daß zugestandene Tatsachen keines Beweises mehr bedürfen, also als wahr zu gelten haben und deshalb (ähnlich wie bei Verzicht und Anerkenntnis) unmittelbare Entscheidungsgrundlage bilden.

Diese Meinung wird mit Recht überwiegend abgelehnt. Allerdings besteht auch hier Streit darüber, ob das Geständnis Willenserklärung oder Wissenserklärung ist. Die richtige Deutung ergibt

[1]) z. B. Wachenfeld

sich aus der Ueberlegung, daß ein Geständnis auch dann wirksam ist, wenn es in der Weise erklärt wird, daß die Behauptung des Gegners zwar unwahr sei, aber dennoch zugestanden werde. Das kommt in der Praxis nicht selten vor. Hieraus ergibt sich, daß das Geständnis Wissenserklärung sein kann, aber nicht sein muß. Dagegen ist unbestreitbar, daß der Gestehende einen Willen zum Ausdruck bringt. Die Literatur macht hier die teilweise Unterscheidung zwischen Willenserklärung und Wollenserklärung. Das Geständnis sei eine Wollenserklärung. Dem ist beizupflichten, wobei allerdings sofort festgestellt werden muß, daß diese Unterscheidung nur aus technischen Gründen gemacht wird, rein sprachlich dürfte zwischen diesen beiden Begriffen wohl kaum ein Unterschied bestehen. Willenserklärung im technischen Sinne könne das Geständnis deshalb nicht sein, weil die Willenserklärung dadurch ausgezeichnet sei, daß ihre Rechtsfolgen mit ihrem Inhalt kongruent seien. Das Geständnis dagegen brauche die Folgen, die es hat, nicht zu enthalten. Die Beseitigung des Geständnisses durch Widerruf nach § 290 ZPO erfordere also Nachweis der Unwahrheit der zugestandenen Tatsachen zur Beseitigung des Geständnisses als Wissenserkläerung, und Anfechtung des Geständnisses wegen Irrtums (ein Irrtum im Motiv, auch deshalb die Vermeidung des Ausdrucks Willenserklärung) zur Beseitigung des Geständnisses als Wollenserklärung. Ein Geständnis, das in Kenntnis der Unwahrheit der zugestandenen Tatsachen abgegeben wurde, ist daher unwiderruflich.

Das Geständnis ist also Wollenserklärung. Objektiv betrachtet ist diese Wollenserklärung nichts anderes als eine prozessuale Willenserklärung, denn der Erklärende will, daß die vom Gegner behaupteten Tatsachen als wahr gelten sollen.

Da es sich jedenfalls um Willenserklärungen handelt, kann Stellvertretung überhaupt stattfinden. Uebrigens gilt dasselbe auch für Wissenserklärungen, da die Stellvertretung des Prozeßrechts einen anderen Inhalt hat, als die Stellvertretung des BGB, die nur für Willenserklärungen im strengen Sinn der §§ 116 ff BGB bestimmt ist. Das ergibt sich daraus, daß die Stellvertretung im Prozeß nur auf Prozeßhandlungen gerichtet sein kann, weil es im Prozeß etwas anderes gar nicht gibt. Wir können also zunächst feststellen, daß die allgemeine Voraussetzung zur Anwendung der Stellvertretung gegeben ist.

Des weiteren fragt es sich jetzt, ob das Geständnis von der Vertretungsfiktion des § 62 erfaßt werden kann. Die Unmöglichkeit der Gleichbehandlung von Verzicht und Anerkenntnis einerseits, und Geständnis andererseits ergibt sich aus folgendem: Verzicht und Anerkenntnis beendigen den Prozeß, weil (auf Antrag) Ver-

zichts- oder Anerkenntnisurteil ergehen muß. Eine solche Wirkung hat aber das Geständnis keineswegs. Seine Wirkung besteht nur darin, daß die zugestandenen Tatsachen keines Beweises mehr bedürfen. Ob dadurch aber ohne weiteres eine Entscheidungsgrundlage geschaffen ist, richtet sich nach der Lage des Falls. Es kommt darauf an, ob diese Tatsachen erheblich oder etwa nebensächlich sind. Und selbst wenn sie erheblich sind, ist wohl der Gang des Prozesses und damit die Entscheidung gewissermaßen festgelegt, aber von einem Urteil als unmittelbare Folge des Geständnisses kann keine Rede sein. Das Geständnis ist eben nur für den inneren Gang des Prozesses von Bedeutung, d. h. es ist eine reine Prozeßhandlung. Eine Einwirkung auf die materiellrechtliche Lage in einem verfügungsähnlichen Sinn findet nicht statt.

Wir haben somit festgestellt, daß das Geständnis eine prozessuale Willenserklärung ist, eine Einverständniserklärung mit der ungeprüften Verwertung der zugestandenen Tatsachen [1]). Die Anwendung der Vertretungsfiktion des § 62 auf das vom erschienenen Genossen erklärte Geständnis ist daher geboten [2]). Das gilt für beide Alternativen. Letzteres ergibt sich daraus, daß die Unterscheidung der beiden Alternativen eine Unterscheidung der unterschiedlichen materiellen Rechtslage ist. Da aber das Geständnis und seine Wirkungen mit der materiellen Rechtslage unmittelbar nichts zu tun haben, sondern nur mit dem Ablauf des Prozesses, spielt der Unterschied der beiden Alternativen im Rahmen der behandelten Frage keine Rolle.

d) Der Rügeverzicht und die Rügeunterlassung (§ 295 ZPO).

§ 295 ZPO regelt die Heilung mangelhafter Prozeßhandlungen. Diese Heilung erfolgt durch Rügeverzicht oder Rügeunterlassung durch den Rügeberechtigten. Zur Entscheidung der Frage, ob hierbei die Vertretungsfiktion des § 62 Platz greift, ist zu prüfen, ob es sich bei Rügeverzicht und Rügeunterlassung um „reine" Prozeßhandlungen handelt oder ob sie eine Beziehung zur materiellen Rechtslage haben, im Sinne einer Einwirkung auf dieselbe. Um es gleich vorwegzunehmen: der Verzicht auf die Parteirüge und die Unterlassung der Parteirüge nach § 295 sind (mit einer unten zu besprechenden Ausnahme) typische „reine" Prozeßhandlungen. Das Anwendungsgebiet des § 295 (siehe auch §§ 530, 558 ZPO) bezieht sich nur auf die Verletzung prozessualer Normen über das Verfahren, d. h. über die Form, die Voraussetzungen, sowie Zeit und Ort der Vornahme von Partei- und Gerichtshandlungen, nicht aber

---

[1]) vgl. Baumbach § 288 A 1

[2]) vgl. Förster-Kann § 298 5; Stein-Jonas § 62 V 3; anderer Ansicht RGJW 1903 21,1.

auf die Normen über den Inhalt derselben. Die Vertretungsfiktion des § 62 findet daher Anwendung auf den Verzicht der Geltendmachung eines erfolgten Verstoßes gegen die Verfahrensvorschrift, und auf die Unterlassung der Rüge, d. h. das Uebergehen der Rügemöglichkeit durch schlüssiges Verhalten [1]). Die praktische Folge ist dann die, daß die säumigen Genossen in einem späteren Termin die Rüge nicht mehr vorbringen können (sog. Präklusionswirkung).

In diesem Zusammenhang taucht eine interessante Frage auf, deren Erörterung allerdings zu einer Einschränkung des eben Gesagten führt. Zu den Verfahrensmängeln, auf die nach § 295 verzichtet werden kann, gehört auch die Ordnungswidrigkeit der Klageerhebung. Es ist dabei an den Fall gedacht, daß die Klageerhebung gegenüber einem Genossen, der im Termin säumig ist, ordnungswidrig war (es kann z. B. die in § 253 ZPO vorgeschriebene Ladung vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits fehlen). Bezüglich dieses Genossen ist die Rechtshängigkeit nicht eingetreten. Nach § 263 ZPO wird die Rechtshängigkeit durch die Erhebung der Klage begründet. Gemeint ist natürlich eine ordnungsgemäße Klageerhebung. Eine ordnungswidrige Klageerhebung vermag die Rechtshängigkeit nicht zu begründen. Durch Rügeverzicht und Rügeunterlassung kann dieser Mangel mit rückwirkender Kraft geheilt werden, sodaß auch die Rechtshängigkeit rückwirkend eintritt. Kann nun der erschienene Genosse mit Wirkung für den säumigen verzichten, sodaß der säumige Genosse in einem späteren Termin die Ordnungswidrigkeit der Klageerhebung nicht mehr rügen kann (d. h. präkludiert ist) und also der Anspruch auch bezüglich seiner Person rückwirkend rechtshängig geworden ist? Um dies entscheiden zu können, sind die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung und damit der Rechtshängigkeit zu berücksichtigen. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung sind überaus bedeutsame. Die herrschende Meinung unterscheidet hier zwischen rechtserhaltenden, rechtsvermehrenden und rechtsstärkenden Wirkungen. Die ersteren sind die wichtigsten. Der Eintritt der Rechtshängigkeit bewirkt nämlich die Unterbrechung der Verjährung und der Ersitzung, sowie die Unterbrechung zahlreicher Ausschlußfristen des BGB, wie z. B. §§ 801, 804, 864, 1002 usw. Rechtsvermehrend wirkt hauptsächlich die Entstehung des Anspruchs auf Prozeßzinsen, rechtsstärkend endlich z. B. die Herbeiführung der Uebertragbarkeit des Anspruchs auf Ersatz immateriellen Schadens nach § 847 BGB. Wenn nun die Klageerhebung solche materiellrechtlichen Wirkungen hat, dann gilt dasselbe auch für die Heilung der ordnungswidrigen Klageerhebung. Der erschienene

[1]) Einschränkung s. u.

Genosse würde also, wollte man die Vertretungsfiktion des § 62 anwenden, unmittelbar in das materielle Recht des säumigen in der oben ausgeführten Weise eingreifen, und zwar genau so, wie der Kläger durch die ordnungsmäßig erhobene Klage eingegriffen haben würde. Wie schon gesagt würde die Verjährungsunterbrechung ex tunc eintreten [1]), während sie ex nunc eintreten würde, wenn der betreffende Genosse in einem späteren Termin noch die Möglichkeit hätte, den Mangel zu rügen und der Kläger den Mangel selber durch erneute Vornahme der Klageerhebung bewirken müßte. Der betreffende Genosse wäre dann bezüglich des Laufs der Verjährungsfrist zeitlich besser gestellt. Es ist durchaus ein Fall denkbar, wo in dem Zeitraum zwischen der ordnungswidrigen und der nachgeholten ordnungsgemäßen Klageerhebung die Verjährung des Anspruchs tatsächlich eingetreten ist. Aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, kann jedenfalls nicht geleugnet werden, daß der Verzicht auf die Rüge der ordnungswidrigen Klageerhebung erhebliche materiellrechtliche Wirkungen hat. Die Vertretungsfiktion des § 62 kann deshalb nicht angewendet werden. Dieses Ergebnis stellt sich als Ausnahme dar, während die oben vertretene Ansicht, daß die Vertretungsfiktion auf Rügeverzicht und Rügeunterlassung angewendet wird, grundsätzlichen Charakter hat. Die bezeichnete Ausnahme darf allerdings nur dann gemacht werden, wenn es sich um einen Streitgegenstand handelt, bezüglich dessen eine der materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit (also eine rechtserhaltende, rechtsvermehrende oder rechtsstärkende Wirkung) überhaupt eintreten kann. Im einzelnen Fall braucht dann nicht weiter geprüft zu werden, ob eine dieser Wirkungen eintritt, sondern es genügt, daß der Streitgegenstand so geartet ist, daß eine dieser Wirkungen eintreten k a n n. Es gehören also z. B. sämtliche Forderungsprozesse ohne weiteres hierher, denn jede Forderung unterliegt der Verjährung. Wenn der Streitgegenstand aber so geartet ist, daß eine der bezeichneten materiellrechtlichen Wirkungen überhaupt nicht eintreten kann (z. B. die Klage auf Unterlassung der Anlagenherstellung auf dem Nachbargrundstück nach § 907 BGB, die nach § 924 nicht von der Verjährung betroffen werden kann und für die auch nicht Prozeßzinsen anfallen usw.), dann liegt der Anwendung der Vertretungsfiktion nichts im Wege.

Wolff [2]) will die Vertretungsfiktion des § 62 auf Rügeverzicht und Rügeunterlassung immer anwenden, auch in den Fällen, in denen es sich um einen der Verjährung unterliegenden Streitgegenstand handelt. Wolff sagt, es sei zwar kein Zweifel, daß die Anwendung des § 62 auf den Verzicht der Rüge der ordnungswidrigen

---

[1]) Soergel Kommentar zum BGB § 209 1.
[2]) Wolff: Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft 1934 S. 24.

Klageerhebung die Verjährungsunterbrechung bezüglich des betreffenden säumigen Genossen zur Folge habe. Allein darin sei keine Einwirkung auf das materielle Recht zu sehen, denn eine Forderung bleibe bestehen, ob sie nun verjährt sei oder nicht. Das ist an sich richtig. Die Verjährung vernichtet nicht die Forderung, sondern schafft nur die Einrede der Verjährung. Diese Tatsache darf aber nicht dazu führen eine realisierbare Forderung einer unrealisierbaren gleichzustellen, denn das widerspricht jeglicher Vernunft. Die Ansicht Wolffs läuft aber darauf hinaus. Es kann im Gegenteil gesagt werden, daß die Frage der Realisierbarkeit einer Forderung neben der Frage, ob die Forderung überhaupt besteht, der entscheidendste Umstand ist, der sich denken läßt. Man wird also einer Prozeßhandlung, die einen Einfluß auf diesen entscheidenden Umstand hat, wohl materiellrechtliche Wirkung zuschreiben müssen. Die Ansicht Wolffs widerspricht dem gesunden Rechtsempfinden und ist daher entschieden abzulehnen.

Wir haben des weiteren zu untersuchen, ob bezüglich der Anwendung der Vertretungsfiktion des § 62 auf Rügeverzicht und Rügeunterlassung ein Unterschied für die beiden Alternativen zu machen ist. Diese Frage ist wohl nirgends näher erörtert. Das ist verständlich. Da die meisten Schriftsteller in Rügeverzicht und Rügeunterlassung „reine" Prozeßhandlungen ohne Beziehung zur materiellen Rechtslage sehen (wie auch wir, mit einer Ausnahme), glauben sie auch eine unterschiedliche Behandlung der beiden Alternativen nicht machen zu müssen, da diese lediglich Folgen der materiellen Rechtslage sind. Das ist aber irrig. Wir haben oben festgestellt, daß die Vertretungsfiktion auf Rügeverzicht und Rügeunterlassung grundsätzlich anzuwenden ist. Ohne Einschränkung gilt das allerdings nur für den Fall der ersten Alternative, woraus übrigens wiederum zu ersehen ist, daß es sich nur hier um eine notwendige Streitgenossenschaft im engeren Sinn handelt. Zur Erörterung der aufgeworfenen Frage müssen wir auf die im Abschnitt über die Darlegung der Konstruktion des § 62 gemachte Feststellung zurückgreifen. Wir sind dort zu dem Ergebnis gekommen, daß eine wirkliche Vertretung nicht vorliegt, weil der erschienene Genosse nicht etwa n i c h t für sich handelt. Er handelt vielmehr für sich u n d für die säumigen Genossen, falls im einzelnen Fall die Vertretungsfiktion angewendet wird. Da sich nun die meisten Prozeßhandlungen auf den Inhalt des Prozesses beziehen, der jeden Genossen gleichmäßig angeht, ist die grundsätzliche Voraussetzung zur Anwendung des § 62 immer gegeben, denn der erschienene Genosse handelt dann jedenfalls für sich. Der Rügeverzicht und die Rügeunterlassung sind nun aber (ähnlich wie gewisse prozeßhindernde Einreden) Prozeßhandlungen, die sich nicht notwendig auf die allen Genossen gemeinsame Prozeßlage zu beziehen brau-

chen. Es kann sich vielmehr um (verzichtbare) Verfahrensmängel handeln, die nur die Person eines bestimmten Genossen angehen. Es würde hier an sich die ordnungswidrige Klageerhebung als Beispiel hergehören. Sie scheidet aber aus, weil hier die Vertretungsfiktion überhaupt nicht angewendet wird, wenigstens in den allermeisten Fällen. Die wenigen Fälle, in denen der Rügeverzicht auf die ordnungswidrige Klageerhebung unter den § 62 fällt (s. o.) können als Beispiele angeführt werden, außerdem Ordnungswidrigkeiten bezüglich Zustellungen. Ist nun dieser betreffende Genosse säumig, so kann der erschienene Genosse nicht auf die Rüge dieses Mangels verzichten oder durch schlüssiges Verhalten den säumigen Genossen präkludieren, denn dieser Mangel geht ihn nichts an. Wollte man hier die Vertretungsfiktion Platz greifen lassen, so wäre die Fiktionskonstruktion gesprengt, denn es würde sich dann um eine echte Stellvertretung im Sinne des bürgerlichen Rechts handeln. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß im Falle der ersten Alternative die Vertretungsfiktion auf Rügeverzicht und Rügeunterlassung nur dann angewendet wird, wenn der rügbare Mangel sich auf die allen Streitgenossen gemeinsame Prozeßlage bezieht.

Im Falle der zweiten Alternative ist dagegen, wie schon gesagt, die Anwendung der Vertretungsfiktion stets geboten. Hier ist ein Fall, daß ein Verfahrensmangel nur einzelne Genossen betrifft gar nicht denkbar. Es ist natürlich zunächst schon möglich, daß der Verfahrensmangel sich nur auf die Person eines einzelnen Genossen bezieht, aber die weiteren Folgen dieses Mangels sind für die ganze Streitgenossenschaft dieselben, während sie im Fall der ersten Alternative auf die Person des betreffenden Genossen (d. h. auf den Prozeß desselben) beschränkt bleiben. Der Verzicht auf die Rüge der ordnungswidrigen Klageerhebung ist auch hier in den meisten Fällen ausgenommen.

e) Klageerhebung, Klageänderung, Widerklage, Zwischenfeststellungsklage und Zwischenfeststellungswiderklage.

Aus § 62 ergibt sich, daß die Vertretungsfiktion des § 62 nur für Prozeßhandlungen gilt, die (abgesehen von der Vertretung bei Fristen) im Termin vorgenommen werden. Eine Vertretung bei der Klageerhebung scheidet daher aus, da die Streitgenossenschaft erst durch die Klageerhebungen begründet wird, ein Termin also dann erst möglich ist. Im übrigen ist hier auf das oben Gesagte zu verweisen. Denn wenn schon die Klageerhebung von der Vertretungsfiktion erfaßt würde, könnte niemals der Fall eintreten, daß (im Fall der zweiten Alternative) die Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen würde.

Es soll jetzt die Frage besprochen werden, ob die Vertretungsfiktion Anwendung findet, wenn der erschienene Genosse eine Klageänderung vornimmt. Dazu ist auf das Wesen der Klageänderung kurz einzugehen. Die Klageänderung ist die Aenderung des Streitgegenstandes; dieser wird durch den zugrunde liegenden Sachverhalt und den darauf gegründeten Antrag bestimmt, sodaß die Klageänderung eine Aenderung des Anspruchsgrundes, also des Antrags ist[1]). Das Wesen der Klageänderung liegt darin, daß Streitgegenstand und Antrag andere sind, ohne daß über den ersten Antrag eine Entscheidung ergangen wäre. Sie ist also der tatsächlichen Wirkung nach die Erhebung einer neuen Klage. Nach erfolgter Klageänderung ist ein vom ursprünglichen Prozeß verschiedener Prozeß vorhanden, der durch die Klageänderung begründet wurde. Die Klageänderung ist an sich grundsätzlich verboten. Sie kann nach § 264 ZPO nur stattfinden, wenn der Beklagte in die Klageänderung einwilligt oder wenn das Gericht sie für sachdienlich erachtet.

Nach verbreiteter Ansicht gilt die Vertretungsfiktion des § 62 nicht für die Vornahme einer Klageänderung durch den erschienenen Genossen, ebensowenig wie für die Einwilligung in die Klageänderung, bzw. die vermutete Einwilligung nach § 269 ZPO. Dies wird hauptsächlich damit zu begründen versucht, daß die Vertretung nur soweit wirken könne, als die ursprünglich angestrengte Klage reiche. Wenn man die Vertretungsfiktion auf die Klageänderung anwenden wollte, dann würde sich die Vertretung des erschienenen Genossen nach erfolgter Klageänderung auf den neuen Anspruch erstrecken. Es wäre aber unmöglich, daß der säumige Genosse in Bezug auf einen ganz anderen Anspruch vertreten werde, von dem er gar keine Kenntnis haben könne. Die Vertretungsfiktion müsse daher im Rahmen der ursprünglich angestrengten Klage bleiben. Kisch[2]) sagt, § 62 setze die Einheitlichkeit des Streitgegenstandes voraus, er könne sich also wohl nicht auf Handlungen beziehen, welche diese Einheitlichkeit aufzuheben geeignet seien. § 62 sorge nur dafür, daß der Prozeß im gleichen Rahmen weiterbewegt und ausgestaltet werden könne. Werde aber dieser Rahmen überschritten, so sei für die Anwendung der Vertretung kein Raum mehr. Die Klageänderung überschreite zweifellos diesen Rahmen, der erschienene Genosse könne also wohl die Klage ändern, handle aber nur für sich selbst.

Gegen diese Auffassung bestehen Bedenken. Fuhr[3]) spricht diese Bedenken aus, ohne allerdings die Konsequenzen zu ziehen.

---

[1]) Vgl. RGZ 118/210; 113/341; 87/273.

[2]) Kisch a. a. O. Seite 65; gleicher Ansicht Wachenfeld S. 135; a. A. OLG Köln in Z VII Seite 95; Hachenburg a. a. O. Seite 43; Seuffert § 62, 3 b; Förster-Kann § 62 4a, bb.

[3]) Fuhr a. a. O Seite 18.

Die Ansicht, daß § 62 auf die Klageänderung nicht angewendet werden dürfe, stützt sich im wesentlichen auf die Feststellung, daß nach erfolgter Klageänderung ein völlig anderer neuer Prozeß vorhanden sei, der mit dem ursprünglichen gar nichts mehr zu tun habe. Das ist aber doch wohl nur mit Einschränkung richtig. Ein sozusagen wirtschaftlicher Zusammenhang dürfte regelmäßig bestehen, ein rechtlicher in den meisten Fällen. Der Gesetzgeber hat auch offenbar die Fälle eines bestehenden Zusammenhangs im Auge gehabt, indem er nach § 264 ZPO die Klageänderung zuläßt, nicht nur wenn der Beklagte einwilligt, sondern auch wenn das Gericht sie für sachdienlich erachtet. Als „sachdienlich" ist, wie sich aus § 139 ZPO ergibt, jede Prozeßhandlung anzusehen, die dem Prozeßzweck, d. h. der Erledigung der Streitsache (z. B. der Beschleunigung oder der Vereinfachung) dient. Manche halten die Klageänderung dann für sachdienlich, wenn durch sie die endgültige Auseinandersetzung unter den Parteien ermöglicht oder gefördert, ein weiterer sonst zu erwartender Prozeß vermieden und das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung für den neuen Anspruch verwertet werden kann. Durch die letzte Forderung wird in völlig zutreffender Weise direkt ausgesprochen, daß ein Zusammenhang bestehen muß. Wenn also im Termin vom Kläger eine Klageänderung vorgenommen wird und das Gericht dieselbe als sachdienlich zuläßt, so ist mit der gerichtlichen Zulassung zweierlei gesagt: einmal ist der neue Anspruch geeignet, den Prozeß in geeigneterer Form weiterzuführen, also die Herbeiführung des Endziels zu fördern, zum andern steht der neue Anspruch mit dem alten in Zusammenhang und zwar dergestalt, daß die bisherigen Erörterungen nicht nutzlos waren, sondern verwertet werden können. Wenn nun eine Klageänderung in diesem Sinn sachdienlich ist, dann ist der Rahmen des § 62, der nach Kisch (s. o.) nur auf Handlungen zur Weiterbewegung und Ausgestaltung des Prozesses beschränkt sein soll, keineswegs gesprengt. Die Klageänderung ist vielmehr vollkommen in seinem Sinn. Wenn Kisch außerdem meint, § 62 setze die Einheitlichkeit des Streitgegenstandes voraus und könne sich also nicht auf die Einheitlichkeit aufhebende Handlungen beziehen, so ist daran richtig, daß Einheitlichkeit des Streitgegenstandes immer nötig ist. Die weitere Folgerung ist aber irrig. Denn die Prozeßhandlung, von der Kisch meint, sie hebe die Einheitlichkeit auf, also die Klageänderung, hat diese Wirkung keineswegs. Bei Anwendung des § 62 auf die vom erschienenen Genossen vorgenommene Klageänderung ist die Einheitlichkeit des Streitgegenstandes sofort wieder vorhanden. Kisch zieht eine irrige Schlußfolgerung. Er sagt, § 62 könne nicht angewendet werden, weil die Einheitlichkeit des Streitgegenstandes aufgehoben werde, während der Fall doch so

liegt, daß (nach seiner Ansicht) Aufhebung der Einheitlichkeit eintritt, weil er § 62 nicht anwendet.

Man wird also sagen müssen, daß die Vertretungsfiktion des § 62 auf die Klageänderung angewendet werden muß, womit sich die Streitgenossenschaft und damit die Vertretung auf den neuen Anspruch erstreckt, wenn der erschienene Genosse die Klageänderung vorgenommen und das Gericht sie als sachdienlich erachtet und zugelassen hat. Andernfalls ist der herrschenden Meinung beizupflichten, die die Anwendung der Vertretungsfiktion für die Klageänderung überhaupt verbietet. Dabei ist es gleichgültig, ob der Beklagte in die Klageänderung einwilligt. Die Einwilligung des Beklagten gibt keinen Anhaltspunkt für die Charakterisierung des neuen Anspruchs, wie dies bei der Zulassung als sachdienlich möglich ist. In den Fällen, in denen sich also die Anwendung der Vertretungsfiktion verbietet, entscheidet das materielle Recht, ob der erschienene Genosse nach erfolgter Klageänderung, in die der Beklagte eingewilligt hat, den neuen Prozeß allein weiterführen, d. h. den durch die Klageänderung begründeten neuen Anspruch allein für seine Person geltend machen kann [1]).

Wie ist es nun, wenn die Streitgenossenschaft die beklagte Partei ist und der Kläger die Klage ändern will? Wir denken zunächst wieder an den Fall (der übrigens in der Praxis der Normalfall ist), daß das Gericht die Klageänderung als sachdienlich zuläßt. Eine Zustimmungserklärung von seiten des erschienenen Genossen ist dann nicht nötig. Die Vertretungsmacht des erschienenen Genossen erstreckt sich nach erfolgter Klageänderung genau so auf den neuen Anspruch, wie vorher auf den alten Anspruch. Das kann nicht bestritten werden, denn wenn die säumigen Genossen erschienen wären, hätten sie den prozessualen Vorgang auch nicht hindern können. Ihre prozessuale Lage wäre dieselbe.

Etwas anderes ist es allerdings, wenn der Kläger die Klage ändern will, das Gericht sich ausschweigt und die Genehmigung der Klageänderung der beklagten Partei überlassen bleibt. Der erschienene Genosse kann in diesem Fall nur mit Wirkung für sich selbst einwilligen, seine Einwilligung gilt nicht für die säumigen, hat also nicht deren Präklusion zur Folge. Denn wenn der Kläger die Klage ändern will und das Gericht die Aenderung nicht von sich aus zuläßt, dann handelt es sich tatsächlich um einen völlig neuen Anspruch, der nicht in den Rahmen der Förderung und Weitertreibung des ursprünglichen Prozesses fällt. Es tritt also der Fall ein, den die herrschende Meinung (s. o.) bei der Klageänderung immer als gegeben erachtet. Die Anwendung des § 62 ist daher ausgeschlossen.

Es ist des weiteren interessant zu untersuchen, welche Folgen

[1]) Seuffert § 62 3b.

die Klageänderung hat, wenn der erschienene Genosse (für seinen Prozeß) einwilligt. Die Situation ist dann so, daß gegen die säumigen Genossen der alte Anspruch besteht, gegen den erschienenen Genossen aber der neue Anspruch. Im Falle der ersten Alternative ist das wohl möglich. Die Prozesse gehen weiter. Man wird nicht einmal sagen können, daß die Streitgenossenschaft aufgelöst ist. Wollte man dies annehmen, so wäre die Folge die, daß die nichterschienenen Genossen wirklich säumig werden. Es darf aber die Anwendung des § 62 nicht dazu führen, den Sinn und Zweck dieses Paragraphen zu durchkreuzen. Die Genossen wären dann weder vertreten, noch würde eine Vertretung fingiert. Der Zweck des § 62, nämlich die Vermeidung eines Versäumnisurteils, bleibt gewahrt, wenn man annimmt, daß die prozessuale Gemeinschaft fortbesteht. Dies kann damit begründet werden, daß beide Ansprüche, oder besser gesagt sämtliche Prozesse ohne Unterschied ihres streitigen Gegenstands sich in ein und demselben Termin befinden.

Im Fall der zweiten Alternative wird man sich fragen müssen, ob es überhaupt möglich ist, daß der erschienene Genosse für sich wirksam in eine Klageänderung einwilligen u n d allein weiterstreiten kann. Diese Frage ist zu verneinen, wie sich aus dem schon mehrmals dargestellten Wesen der zweiten Alternative des § 62 ergibt. Es sei denn, daß der durch die Klageänderung neue Anspruch nicht mehr unter die zweite Alternative fällt. Was ist aber mit dem ursprünglichen Anspruch? Man wird annehmen müssen, daß der erschienene Genosse durch seine Klagänderungseinwilligung seinen Willen kundgegeben hat, aus der Streitgenossenschaft auszuscheiden. Dieser Umstand führt zur Abweisung der ursprünglichen Klage, weil die (säumige) Streitgenossenschaft nicht mehr passiv legitimiert ist.

Die Behandlung von Zwischenfeststellungsklage und Zwischenfeststellungswiderklage ergibt sich aus dem oben gewonnenen Ergebnis von selbst. Der Zusammenhang mit dem Hauptanspruch ist hier unbestreitbar. Er ergibt sich aus dem Gesetz (§ 280), denn Zwischenfeststellungsklage und -widerklage beziehen sich auf ein im Lauf des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung ganz oder zum Teil abhängt. Man wird also sagen können, daß die Zwischenfeststellungsklage und -widerklage der Weitertreibung und sachdienlichen Erledigung des schwierig gestalteten Prozesses (denn um einen solchen handelt es sich) dient. Die Anwendung der Vertretungsfiktion ist daher gerechtfertigt.

Dieser Ansicht ist auch Kisch [1]). Mit Recht stellt er fest, daß

[1]) Kisch a. a. O. Seite 65

die in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse auch auf Antrag nur eines Genossen für alle rechtskräftig festgestellt werden [1]).

Zu Unrecht wird in der Literatur (abgesehen von Kisch) die gewöhnliche Widerklage hier mit der Zwischenfeststellungsklage gleichbehandelt. Nach § 33 ZPO muß der in der Widerklage geltend gemachte Gegenanspruch mit dem Anspruch der Klage in Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang bildet die eine Voraussetzung zur Anwendung der Vertretungsfiktion für den Fall, daß der erschienene Genosse die Widerklage erhebt. Die andere Voraussetzung ist die, daß der in der Widerklage erhobene Gegenanspruch allen Genossen gemeinschaftlich zusteht, daß also auch bezüglich dieses Gegenanspruchs notwendige Streitgenossenschaft entstehen kann. Liegen beide Voraussetzungen vor, so ist die Anwendung der Vertretungsfiktion gerechtfertigt. Es ist nicht etwa so, daß die säumigen Genossen durch die Widerklageerhebung in einen neuen, vom ursprünglichen Prozeß unabhängigen Prozeß verwickelt werden. Liegen aber beide Voraussetzungen nicht vor, dann ist für die Anwendung des § 62 aus prozessualen Gründen (Zusammenhang nach § 33) und aus materiellrechtlichen Gründen (gemeinschaftlich zustehendes Recht) kein Raum. Die Widerklage gilt dann nur für den, der sie erhoben hat [2]).

Das gegenteilige Ergebnis wird in der Literatur verschiedentlich als unbefriedigend bezeichnet [3]). Trotzdem entschließen sich wenige zur Befürwortung der Anwendung des § 62 auf die Widerklageerhebung. So wird dies häufig damit begründet, daß die Widerklage auch ohne Zusammenhang mit der Klage zulässig ist, wenn nur für sie das Gericht der Klage zuständig ist [4]). Diese Möglichkeit müsse die Anwendung der Vertretungsfiktion ausschließen, denn andernfalls würden die Säumigen in einen ganz andern neuen Prozeß verwickelt. Das ist an sich richtig. Und ebenso richtig ist die Feststellung, daß gegen solche Folgen Bedenken bestehen. Trotzdem vermag das unsere Ansicht nicht zu erschüttern. Abgesehen davon, daß die Zulässigkeit der Widerklage in solchen Fällen äußerst bestritten ist, haben wir oben ausdrücklich festgestellt, daß das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen den Ansprüchen der Klage und der Widerklage im Sinn des § 33 eine der beiden unerläßlichen Voraussetzungen zur Anwendung der Vertretungsfiktion ist, deren Fehlen also die Anwendung unmöglich macht. Handelt es sich um einen Fall, in dem ein solcher Zusammenhang nicht besteht und in dem die Widerklage nur zugelassen wird, weil sie den Gerichtsstand der Klage teilt (falls man dem Reichsgericht rechtgeben will),

---

[1]) Auch hier ist die herrschende Meinung eine andere. Siehe die oben zitierte Literatur.

[2]) So auch Kisch a. a. O. Seite 66.

[3]) Fuhr a. a. O. Seite 18.

[4]) Vgl. RGZ 46 / 424.

dann muß die Anwendung des § 62 ausgeschlossen sein. Selbstverständlich darf die Vertretungsfiktion nicht so weit ausgedehnt werden, daß die säumigen Genossen in einen ganz neuen Prozeß hineingezogen werden. Die Vertretung muß sich jedenfalls im Rahmen der Durchführung des streitgenössischen Prozesses bewegen.

f) Klagezurücknahme.

Die Klagezurücknahme ist Widerruf des in der Klageerhebung liegenden Gesuchs um Rechtsschutzgewährung [1]). Sie ist scharf zu unterscheiden vom Verzicht, der der Widerruf der in der Klage aufgestellten Rechstbehauptung ist. Eine Entscheidung ergeht nicht. Die Klagezurücknahme ist eine Prozeßhandlung und hat als solche keine Einwirkung auf das materielle Recht. Die Folge der Klagezurücknahme ist die, daß die Rechtshängigkeit als niemals eingetreten angesehen wird. Es wird also eine Nie-Rechtshängigkeit fingiert.

Die Folgen dieser Nie-Rechtshängigkeit sind im Gesetz in § 212 BGB geregelt. Danach gilt die durch Klageerhebung erfolgte Verjährungsunterbrechung als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen wird. Die Klagezurücknahme hat also laut positiver gesetzlicher Vorschrift eine materiellrechtliche Wirkung. Wir können daher auf die im Abschnitt über den Rügeverzicht gewonnenen Ergebnisse zurückgreifen. Wir haben dort festgestellt, daß die Vertretungsfiktion des § 62 auf den Rügeverzicht bezüglich der ordnungswidrigen Klageerhebung keine Anwendung finden kann, weil dies einen Eingriff des erschienenen Genossen in das materielle Rechtsverhältnis des säumigen bedeuten würde. Dasselbe gilt auch hier. Allerdings nur, wenn es sich um einen Streitgegenstand handelt, der überhaupt der Verjährung unterliegt.

In der Literatur findet sich vielfach die Ansicht, daß die Klagezurücknahme unter den § 62 falle [2]). Unter anderm wird dies damit begründet, daß die fingierte Nie-Rechtshängigkeit, und damit die Fiktion der nicht erfolgten Verjährungsunterbrechung keine Beeinflussung des materiellen Rechts darstelle, weil die Verjährung an sich keine Beeinflussung dieses Rechts, im Sinne einer Veränderung desselben, sei. Dieser völlig unpraktischen Meinung sind wir bereits oben mit Entschiedenheit entgegengetreten, weil es nach dem natürlichen Rechtsempfinden einfach unmöglich ist, eine unrealisierbare Forderung einer realisierbaren gleichzustellen.

Fuhr [3]) verneint die Anwendbarkeit der Vertretungsfiktion auf die Klagezurücknahme, weil hier keine Entscheidung ergehe, die

---

[1]) Baumbach § 271 Anm. 1.
[2]) Förster-Kann 4a bb; Hellwig § 123 V 2b; Stein-Jonas § 62 V 4.
[3]) Fuhr a. a. O. Seite 16.

Möglichkeit divergierender Entscheidungen (deren Vermeidung der innere Grund des § 62 ist) also überhaupt nicht bestehe. Wichtiger ist sein Hinweis, daß die Klagezurücknahme (bei Fuhr auch die Rechtsmittelzurücknahme) von der Vertretungsfiktion ausgeschlossen sein soll, weil sie nach § 271 Abs. II ZPO sowohl im Termin, als auch außerhalb des Termins durch Schriftsatz erfolgen kann. Die Vornahme im Termin ist also rein zufällig. Dieser Einwand Fuhrs ist durchschlagend. Es ist hiergegen vorgebracht worden, daß, wollte man die Vertretungsfiktion auf die Klagezurücknahme nicht anwenden und sie also nur für den erschienenen Genossen gelten lassen, die andern Genossen dann nicht mehr vertreten wären, sodaß gegen sie ein Versäumnisurteil ergehen könne, was aber der § 62 gerade vermeiden wolle. Das ist allerdings die Folge unserer Ansicht. Es ist wohl richtig, daß die Bestimmung des § 62 den Zweck hat, die Versäumnisfolgen abzuwenden und dem erschienenen Genossen die Möglichkeit zu geben, den Prozeß für sich und für die säumigen Genossen weiterzutreiben. Dazu gehört aber selbstverständlich, daß der erschienene Genosse dies selbst will. Wenn er dies nicht will und überhaupt dem Prozeß den Rücken kehrt, dann ist eben der § 62 gegenstandslos. Eine Pflicht, der Streitgenossenschaft bis zur Beendigung des Prozesses anzugehören, gibt es nicht. Der Ansicht Fuhrs ist also beizupflichten. Gegen die Feststellung, daß die Vornahme der Klagezurücknahme im Termin rein zufällig dort erfolgt, kann nichts vorgebracht werden. Die Wirkungen der Klagezurücknahme durch Schriftsatzzustellung sind genau dieselben. Eine Vertretung außerhalb eines Termins gibt es aber nach dem Wortlaut des § 62 nicht. Deshalb muß die Klagezurücknahme aus dem Anwendungsbereich der Vertretungsfiktion ausscheiden.

Die weiteren Folgen der Ansicht, daß die Klagezurücknahme nur für den erschienenen Genossen gilt, sind allerdings höchst bedeutsame und für die beiden Alternativen völlig verschiedene. Im Fall der ersten Alternative, der freiwilligen Streitgenossenschaft, scheidet der betreffende Genosse aus der Streitgenossenschaft aus. Die andern Genossen sind dann nicht mehr vertreten. Es wird dann regelmäßig gegen sie ein Versäumnisurteil beantragt und erlassen werden, das sie mühelos durch Einspruch beseitigen können. Im Fall der zweiten Alternative sind die säumigen Genossen durch das Ausscheiden des erschienenen Genossen, der die Klage zurückgenommen hat, nicht mehr aktiv legitimiert. Es kann daher nicht etwa ein Versäumnisurteil ergehen, sondern die Klage verfällt der Abweisung (als unbegründet).

g) Der Prozeßvergleich.

Wir wollen nun die sehr umstrittene Frage erörtern, ob die

Vertretungsfiktion des § 62 auf einen Vergleichsabschluß des erschienenen Genossen angewendet werden kann, d. h. ob der erschienene Genosse einen Prozeßvergleich wirksam für die andern abschließen kann.

Hierzu ist es nötig, auf die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs [1]) näher einzugehen. Nach der herrschenden Meinung [2]), wie auch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts [3]) ist der Prozeßvergleich ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag (§ 779 BGB) und eine den Prozeß und damit die Rechtshängigkeit beendigende, sowie die Vollstreckbarkeit begründende Prozeßhandlung. Nach einer anderen Meinung ist der Prozeßvergleich keine eigentliche Prozeßhandlung, sondern nur ein materiellrechtlicher Vertrag im Sinne des § 779 BGB, also ein gegenseitiger Vertrag, durch den im Wege gegenseitigen Nachgebens der Streit beendigt wird. Uebrigens ist der Meinung, daß der Prozeßvergleich keine Prozeßhandlung sei, insoferne rechtzugeben, als der Vergleichsabschluß freilich keine Prozeßhandlung ist, sondern nur die dem Gericht zu übermittelnde Nachricht, daß der Vergleich zustande gekommen ist. Die Besonderheit des Prozeßvergleichs gegenüber dem privatrechtlichen Vergleich liegt lediglich darin, daß derselbe während eines anhängigen Urteilsverfahrens zu dessen Beseitigung und in prozessualen Formen abgeschlossen wird. Damit kommt man im wesentlichen zu derselben Ansicht wie die oben als herrschende Meinung angeführte. Aus der Doppelnatur des Prozeßvergleichs ergibt sich seine doppelte Wirkung in materiellrechtlicher und prozessualer Beziehung. Die materiellrechtliche Wirkung liegt in der Neuordnung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien. Eine besondere materiellrechtliche Wirkung liegt außerdem auch darin, daß die Beurkundung des Prozeßvergleichs in der Sitzungsniederschrift den Formvorschriften der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (sogar für die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO) genügt. So die herrschende Meinung [4]), der beizupflichten ist. Die prozessualen Wirkungen des Prozeßvergleichs liegen wie schon gesagt in der Beendigung des Rechtsstreits und der Rechtshängigkeit. Außerdem begründet er die Vollstreckbarkeit, wobei zu bemerken ist, daß es der ZPO hauptsächlich hierauf ankommt, denn § 794, der die einzige Wesensbestimmung über den Vergleich darstellt, findet sich im 8. Buch der ZPO, also in den Zwangsvollstreckungsvorschriften.

Neben der Hauptmeinung, daß der Prozeßvergleich ein privat-

---

[1]) Es handelt sich hier nur um den Prozeßvergleich, nicht auch um den Vergleich im Güteverfahren, denn Termin im Sinne des § 62 ist nur ein Termin im Streitverfahren.

[2]) So z. B. Stein-Jonas, Seuffert-Walsmann, Wachenfeld u. a.

[3]) RGZ 129/43; 19/307.

[4]) Seuffert-Archiv 79/80; RGZ 64/85; 129/43.

rechtlicher Vertrag im prozessualen Gewande ist und also der Begriffsbestimmung des § 779 BGB unterliegt, wird auch die Ansicht vertreten, daß der Prozeßvergleich eine reine Prozeßhandlung sei [1]). Das ist abzulehnen. Man kann allenfalls die Erklärung an das Gericht über den erfolgten Vergleichsabschluß als reine Prozeßhandlung ansehen, obwohl das auch nicht ganz richtig ist. Die angeführte Ansicht wird mit dem Wortlaut des § 794 zu begründen versucht, der nur von einer gerichtlich oder durch die Gütestelle vermittelten Parteierklärung, die den Streit ganz oder teilweise beilegt, spreche. Das ist formalistisch. Zumindest ist der Prozeßvergleich in dem Sinne keine reine Prozeßhandlung, als er zweifellos Auswirkungen auf das materielle Recht hat. Das kann nicht bestritten werden. Schließlich schließen die Parteien den Prozeßvergleich nicht dazu ab, um den Prozeß zu beendigen und damit dem Richter einen Gefallen zu tun, sondern sie wollen das streitige Rechtsverhältnis zwischen sich ordnen und die Neuordnung festlegen. Das streitige Recht, also das materielle Recht, dessentwegen der Prozeß geführt wird, ist die Hauptsache, mag der Vergleich lauten, wie er will.

Wenn also der Schwerpunkt des Prozeßvergleichs auf seinem materiellrechtlichen Inhalt liegt, dann kommt die Anwendung der Vertretungsfiktion auf einen vom erschienenen Genossen abgeschlossenen Vergleich nicht in Frage. Das entspricht dem Standpunkt, den wir in dieser Abhandlung immer eingenommen haben, daß nämlich § 62 nur für reine Prozeßhandlungen gelten soll. Die Anwendung auf Prozeßhandlungen, die auch nur mittelbar materiellrechtliche Wirkungen erzeugen, haben wir stets bedenklich gefunden und abgelehnt. Die Anwendung auf den Prozeßvergleich, der der Hauptsache nach materiellrechtlicher Natur ist, scheidet daher vollkommen aus.

Kisch [2]) ist derselben Ansicht, allerdings mit einer andern Begründung. Er drückt das Wesen des Prozeßvergleichs sehr treffend aus, indem er feststellt, daß der Vergleich den Rechtsstreit wie das streitige Recht berühre. Da er (entgegen Verzicht und Anerkenntnis) keine Urteilsgrundlage, sondern einen Prozeßbeendigungsgrund bilde, begründe er, vom fleißigen Genossen vorgenommen, keinen Widerspruch der Erkenntnisse. § 62 wolle aber nur einen solchen Widerspruch vermeiden, komme also hier nicht in Betracht. Kischs Begründung ist an sich richtig, aber nicht nötig, weil die vom materiellen Recht ausgehende Begründung die treffendere ist. Zudem

[1]) Baumbach Kommentar § 794 2. Baumbach leugnet das Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens. Dieser Streit kann dahingestellt bleiben, da er u. E. nicht wesentlich ist.

[2]) Kisch a. a. O. Seite 47; vgl. auch Walsmann Seite 96.

gibt sie keinen Anhaltspunkt für die weiter zu klärende Frage, ob und inwiefern der vom erschienenen Genossen abgeschlossene Vergleich für diesen selbst gilt und ob er ihn überhaupt wirksam schließen kann. Um diese Fragen zu lösen, muß dann doch auf das materielle Recht zurückgegriffen werden. Der Gedankengang unserer Begründung (deswegen wurde die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs so ausführlich behandelt) ist daher der zweckmäßigere.

Wenn wir also zu dem Ergebnis gekommen sind, daß der Vergleichsabschluß des erschienenen Genossen nicht durch die Vertretungsfiktion des § 62 auf die säumigen Genossen wirkt, so ist damit keineswegs gesagt, daß eine solche Wirkung nicht anderweitig eintreten kann. Der Vergleich ist ein materiellrechtlicher Vertrag. Die Legitimation zum Vergleichsabschluß ergibt sich daher aus der materiellen Rechtslage. Bezüglich dieser Vergleichslegitimation ist zwischen den beiden Alternativen scharf zu unterscheiden. Im Falle der ersten Alternative folgt das Recht zum Vergleichsabschluß aus der dem einzelnen Genossen zustehenden Verfügungsgewalt [1]). Der erschienene Genosse kann also einen Vergleich rechtswirksam abschließen und dieser Vergleich gilt dann auch für die andern. Aber nicht auf Grund der Vertretungsfiktion, sondern unmittelbar auf Grund des materiellen Rechts. Im Falle der zweiten Alternative wird man dagegen das Recht zum Vergleichsabschluß verneinen müssen, da es sich meistens um Gesamthandsverhältnisse handelt, in denen die Verfügungsgewalt nur allen Gesamthändern gemeinsam zusteht. Der erschienene Genosse kann demnach überhaupt keinen wirksamen Vergleich abschließen.

Wie schon gesagt, wird neben der Hauptmeinung, daß der Prozeßvergleich ein materiellrechtlicher Vertrag u n d eine Prozeßhandlung ist, wobei der Schwerpunkt auf der ersteren Eigenschaft liegt, auch die Meinung vertreten, es handle sich hier um eine reine Prozeßhandlung [2]). Die Vertreter dieser Ansicht wenden die Vertretungsfiktion des § 62 an sich folgerichtig auf den vom erschienenen Genossen betätigten Vergleichsabschluß an. Lehmann [3]) kommt zu dem gleichen Ergebnis aus Zweckmäßigkeitsgründen. Danach müsse im Interesse eines sachlichen Ablaufs des Prozesses ein Vergleichsabschluß auf alle Fälle möglich sein. Diesen Ansichten ist aus den genannten Gründen entgegenzutreten. Der Prozeßvergleich ist eben keine reine Prozeßhandlung und daher verbietet sich die Anwendung der Vertretungsfiktion. Lehmann ist außerdem die einfache Tatsache entgegenzuhalten, daß es genug Prozesse gibt, in denen ein Vergleichsabschluß (dessen Zustandekommen selbstverständlich immer wünschenswert ist, hierin ist Lehmann rechtzu-

---

[1]) Hellwig System 1, 345.
[2]) Außer Baumbach: Hellmann ZZP 17, 14; Dreyer-Gruchot 37, 38.
[3]) Lehmann a. a. O. Seite 187.

geben) schon deswegen unmöglich ist, weil im Termin ein Vertreter auftritt, dessen Vollmacht sich nicht auf das Recht zum Vergleichsabschluß erstreckt.

h) Das Versäumnisurteil im streitgenössischen Verfahren.

Die Regelung des § 62 bezweckt die Vermeidung eines Versäumnisurteils für den Fall, daß im Termin ein Teil der Streitgenossen erschienen, ein Teil nicht erschienen ist. Der innere Grund für die Vermeidung eines Versäumnisurteils ist die Sicherung der einheitlichen Entscheidung, die andernfalls gefährdet sein würde. Auf Grund der Bestimmung des § 62 im Zusammenhalt mit den Bestimmungen der §§ 330 ff ZPO liegt die Frage, ob ein Versäumnisurteil ergehen darf, in zwei Fällen klar. Der erste Fall ist der bisher besprochene, daß ein Teil der Streitgenossen säumig ist, im Termin aber mindestens e i n Genosse erschienen ist. In diesem Fall verhindert die im Gesetz ausgesprochene Vertretungsfiktion die Möglichkeit eines Versäumnisurteils. Die Vertretungsfiktion wirkt hier in ihrer Kehrseite sozusagen als Nichtsäumnisfiktion bezüglich der nichterschienenen Genossen. Weil es so angesehen wird, als wären die nichterschienenen Genossen vertreten, darum wird es so angesehen, als wären sie nicht säumig (im Sinne der Säumnisfolgen der §§ 330 ff.). Erläßt das Gericht trotzdem (irrtümlich) ein Versäumnisurteil, so kann dies durch Einspruch beseitigt werden. So die herrschende Meinung und die Rechtsprechung. Der zweite klare Fall ist der, daß alle Genossen säumig sind. Hier steht dem Erlaß eines Versäumnisurteils nichts im Wege. Es gelten §§ 330, 331 und 331a.

Schwieriger liegt der in der Literatur viel erörterte Fall, daß keiner der Genossen im Termin erschienen, aber einer nicht säumig ist, weil er z. B. nicht oder nicht ordnungsgemäß geladen ist, oder weil sein Prozeß ausgesetzt oder unterbrochen ist, oder weil für ihn eine Frist gemäß § 36 Abs. II oder § 89 Abs. I läuft. Selbstverständlich kann hier nicht etwa gesagt werden, daß dieser Genosse, in dessen Person der besondere Grund, dessentwegen er nicht säumig ist, die andern vertritt, sodaß diese ebenfalls nicht säumig sind. Von einer Vertretung kann nur gesprochen werden, wenn der Vertreter tätig wird [1]). Es bleibt also dabei, daß in dem aufgeworfenen Fall ein Teil der Genossen tatsächlich säumig ist.

Ehe wir zu diesem Problem Stellung nehmen, sollen kurz die wichtigsten in der Literatur vertretenen Ansichten über die Frage, ob hier gegen die säumigen Genossen ein Versäumnisurteil ergehen darf, erörtert werden.

Stein-Jonas [2]) ist der Meinung, daß im Falle notwendiger ein-

[1]) vgl. Kisch a. a. O. Seite 43.
[2]) Stein-Jonas § 62 V.

heitlicher Feststellung (erste Alternative) gegen die säumigen Genossen Versäumnisurteil ergehen könne, das durch Einspruch beseitigt werden könne. Werde das Versäumnisurteil aber mangels Einspruch rechtskräftig, so mache es das Verfahren gegen den nichtsäumigen Genossen gegenstandslos. Aehnlicher Ansicht ist auch Baumbach [1]). Das Versäumnisurteil sei sowohl gegen die klagenden, als auch gegen die beklagten Genossen zulässig. Obwohl wir uns bezüglich des gegenwärtigen Problems zu einer anderen Lösung bekennen werden, muß gesagt werden, daß die Meinung Stein-Jonas' und Baumbachs aus dem inneren Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft der ersten Alternative nicht widerlegt werden kann. Die säumigen Genossen hätten hier auch allein (also ohne den nichtsäumigen) klagen oder verklagt werden können. Das ist entscheidend. Die notwendig einheitliche Feststellung ist nicht gefährdet. Man hat gegen die Ansicht, daß hier ein Versäumnisurteil ergehen könne, vorgebracht, daß dies eine Unbilligkeit gegen den nichtsäumigen Genossen wäre, weil er sich bei Nichterfolgung eines Einspruchs einer rechtskräftigen Entscheidung gegenüber fände, die er habe gar nicht verhindern können. Man könnte demgegenüber den Standpunkt vertreten, daß das Recht zum Einspruch auch dem nichtsäumigen Genossen zustehe, weil es sich immerhin auch um seinen Prozeß handelt. Wir sehen also, daß die Meinung Stein-Jonas' durchaus vertretbar, auf keinen Fall aber unrichtig ist. Man müßte ihr daher beitreten, wenn es nicht noch eine bessere, vor allem praktischere Lösung gäbe.

Im Falle der zweiten Alternative ist die Möglichkeit eines Versäumnisurteils unbedingt abzulehnen, weil es sich hier um notwendig gemeinsame Rechtverfolgung handelt. Stein-Jonas und Baumbach sind dieser Ansicht nur dann, wenn die Streitgenossenschaft die beklagte Partei ist. Dem ist entgegenzutreten. Für die Behandlung der notwendigen Streitgenossenschaft muß es immer gleichgültig sein, ob sie auf der aktiven oder passiven Seite steht. Insbesondere kommt es hier nicht darauf an, ob der betreffende Genosse, der nicht säumig ist, auf der klägerischen oder beklagten Parteiseite steht [2]).

Wolff [3]) lehnt die Möglichkeit eines Versäumnisurteils im Falle beider Alternativen ab. Er begründet dies folgendermaßen: „Nach §§ 330 ff sei zum Erlaß eines Versäumnisurteils die Säumnis einer Partei erforderlich. Partei sei hier die Streitgenossenschaft. Diese sei aber nicht säumig, weil ein Genosse nicht säumig ist." Das ist irrig. Wolff unterläuft der Fehler, daß nicht die Streitgenossen-

---

[1]) Baumbach § 62 B
[2]) ebenso Fuhr a. a. O. Seite 24
[3]) Wolff a. a. O. Seite 22.

schaft Partei ist. Es gibt keine Streitgenossenschaft als juristische Person oder etwas derartigem. Partei ist vielmehr jeder einzelne Genosse, denn wie eingangs erwähnt, handelt es sich im streitgenössischen Prozeß nicht um e i n e n Prozeß, sondern um ebensoviele Prozesse als Genossen. Das darf heute als unbestritten gelten.

Im übrigen muß gesagt werden, wenn man die Möglichkeit eines Versäumnisurteils verneint (im Falle der zweiten Alternative muß sie unbedingt verneint werden, im Fall der ersten Alternative kann sie bejaht werden, was aber zu unbilligen, mindestens aber unpraktischen Ergebnissen führt), so ist das zunächst eine Feststellung nur negativen Inhalts. Wir wissen damit nur, was n i c h t geschehen soll oder darf. Was soll aber dann geschehen?

Wir haben oben ausgeführt, daß der betreffende Genosse, gegen den eine Entscheidung nicht ergehen kann, nicht säumig ist, weil er entweder nicht geladen ist, oder weil sein Prozeß unterbrochen oder ausgesetzt ist, oder weil für ihn eine Frist läuft. Im Falle der Unterbrechung oder Aussetzung des Prozesses des betreffenden Genossen, wirkt diese zwar nicht für die Prozesse der andern, aber sie hat die Wirkung, daß diesen gegenüber nicht entschieden werden darf. Es ist daher für den Fortgang des gesamten streitgenössischen Verfahrens am zweckmäßigsten, die Unterbrechung oder Aussetzung (die das Gesetz leider nicht vorschreibt) in analoger Anwendung des § 148 ZPO herbeizuführen. Für den Fall, daß der betreffende Genosse mangels Ladung oder ordnungsgemäßer Ladung nicht säumig ist, ist es am zweckmäßigsten, wenn das Gericht Vertagung beschließt. Dieser Ansicht ist insbesondere Kisch [1]), der der Meinung ist, daß diese Lösung der Tendenz des § 62 am besten entspreche. Dem ist beizupflichten.

i) Zusammenfassung.

Wir haben bisher die Frage besprochen, ob und inwieweit die Vertretungsfiktion des § 62 auf Prozeßhandlungen, die vom erschienenen Genossen vorgenommen werden, Anwendung findet. Wir haben dabei jeweils das Wesen der betreffenden Prozeßhandlung untersucht, wobei es uns besonders darauf angekommen ist, festzustellen, inwieweit diese betreffende Prozeßhandlung ihrer Natur nach auf die materielle Rechtslage einwirkt. Es hat sich dabei ergeben, daß eine einheitliche Behandlung aller Prozeßhandlungen nicht möglich ist, ja nicht einmal eine einheitliche Behandlung ein und derselben Prozeßhandlung in den verschiedenen Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft. Als sichtbares Ergebnis der bis-

[1]) Vgl. hierzu Förster-Kann § 62 4a aa; Seuffert § 63 2; Hachenburg a. a. O. Seite 72; Hellwig § 123 IV a; RGJW 1905 533/17; Warn. Bspr. 1916 58.

herigen Erörterungen kann folgender Grundsatz aufgestellt werden: Die Anwendung der Vertretungsfiktion des § 62 ist verboten, wenn durch sie eine Einwirkung auf das materielle Recht der nicht-erschienenen Streitgenossen stattfinden würde. Dieser Grundsatz ist eine Folge der sekundären Natur des Prozeßrechts gegenüber dem materiellen Recht.

Anhang zum Abschnitt C I. 2.

Wir haben bislang stets den Fall im Auge gehabt, daß im Termin eines notwendig streitgenössischen Rechtsstreits ein Genosse erschienen ist, die andern Genossen (oder der andere Genosse) säumig sind. Unsere Erörterungen und Ergebnisse erfassen auch den Fall, daß im Termin mehrere Genossen erschienen sind und übereinstimmend handeln, während andere säumig sind. Es läßt sich nun der weitere Fall denken, daß, während wiederum ein Teil der Streitgenossen säumig ist, mehrere Genossen erschienen sind und sich widersprechend verhalten. Selbstverständlich ist dieser Fall nicht dem weiter unten zu besprechenden gleichzustellen, daß alle Genossen erschienen sind und sich widersprechend verhalten. Es können auch nicht die im Abschnitt über das widersprechende Verhalten der vollzählig erschienenen Genossen zu gewinnenden Ergebnisse hier verwertet werden. Der angezogene Fall ist vielmehr ein unlösbarer, für den die Regelung des § 62 nicht ausreicht. Es bleibt hier als einziger Ausweg die Vertagung.

3. Die Regelung der Fristversäumnis.

a) Rechtsmittelfristen.

Nach § 516 ZPO beträgt die Berufungsfrist einen Monat. Sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Verkündung des Urteils. Dieser Paragraph enthält also zweierlei Fristen, die eine von einem Monat und die andere von fünf Monaten. Allerdings ist nur die erstere eine eigentliche Frist im technischen Sinn. Sie beginnt mit der Urteilszustellung. Es ist nun zu untersuchen, ob hier die Vertretungsfiktion des § 62 Platz greift, d. h. ob die von nur einem Streitgenossen an den Gegner, oder vom Gegner an nur einen Streitgenossen bewirkte Zustellung des Urteils die Berufungsfrist nur für diesen Genossen in Lauf setzt oder ob auf Grund der Vertretungsfiktion auch die Berufungsfristen der übrigen Genossen in Lauf gesetzt werden. Das ist zu verneinen. Nach dem Wortlaut des § 62 kann die Vertretungsfiktion nur Anwendung finden, wenn ein Termin oder eine Frist von einem Teil der Streitgenossen versäumt wird. Grundlegende Voraussetzung ist also, daß überhaupt eine Frist besteht. Eine Frist besteht, aber nach dem Wortlaut des § 62 kann die Vertretungsfiktion nur Anwendung fin-

den, wenn ein Termin oder eine Frist von einem Teil der Streitgenossen versäumt wird. Grundlegende Voraussetzung ist also, daß überhaupt eine Frist besteht. Eine Frist besteht aber nach dem Wortlaut des § 516 erst, wenn Urteilszustellung erfolgt ist, (für die Revision gilt dasselbe nach § 552). In dem Zeitpunkt, in dem einer der Genossen die Urteilszustellung bewirkt, besteht also jedenfalls keine Frist, weil bis dahin noch von niemand und gegen niemand zugestellt wurde. Die Anwendung der Vertretungsfiktion ist daher ausgeschlossen. Der Zustellungsakt ist nicht einheitlich, sondern zerfällt notwendig in so viele Zustellungshandlungen als Genossen vorhanden sind. Deshalb wird die Berufungsfrist eines Genossen unabhängig von der eines andern Genossen in Lauf gesetzt, sodaß also der zeitliche Ablauf der Frist für jeden Genossen verschieden ist. Die Vorschrift des § 62 kann erst dann angewendet werden, wenn ein gemeinsamer Fristenlauf gegeben ist, nicht aber kann § 62 einen solchen gemeinsamen Fristenlauf begründen [1]). Abgesehen davon fehlt es auch an der zweiten Voraussetzung zur Anwendung der Vertretungsfiktion, nämlich dem Vorliegen einer Säumnis. Wer nicht zustellt oder wem nicht zugestellt ist, für den läuft keine Frist. Wenn aber keine Frist läuft, kann auch keine Frist versäumt werden. Die Anwendung der Vertretungsfiktion ist also auch hiewegen ausgeschlossen.

Diese Ansicht (die heute als herrschende Meinung gelten darf) stimmt auch mit dem Wesen der Urteilszustellung überein. Ihr Zweck ist, der Gegenpartei Kenntnis vom Lauf der Rechtsmittelfrist zu geben. Sie hat also im wesentlichen die Bedeutung einer Mitteilung [2]). Es wäre ein Unding, für die andern Genossen eine Frist als in Lauf gesetzt zu betrachten, von deren Beginn sie keine Kenntnis haben. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß bei der Terminsvertretung des § 62 Handlungen des erschienenen Genossen für und gegen die säumigen gelten, obwohl sie davon regelmäßig ebenfalls keine Kenntnis haben. Sie haben aber mindestens Kenntnis vom Termin, denn sonst könnten sie nicht säumig sein. Die Sachlage bei der Frist ist eine völlig andere. Das Wesen einer Frist ist, daß nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums eine Handlung vorgenommen werden kann, andernfalls bestimmte Folgen eintreten. Dazu ist aber begrifflich notwendig, daß der Betroffene diesen Zeitraum kennt. Auch der Einwand, daß noch die Fünfmonatfrist bestehe, schlägt nicht durch. Sie ist keine Frist im technischen Sinn. Die Fünfmonat„frist" der §§ 516 und 552 ist eine Zeitangabe. Sie bestimmt, daß innerhalb dieser Zeit oder spätestens unmittelbar nach Ablauf dieser Zeit die einmonatliche Rechtsmittelfrist in Lauf gesetzt werden kann, bzw. als in Lauf gesetzt gilt. Nach Ablauf von

[1]) Kisch a. a. O. Seite 117.
[2]) Kisch a. a. O. Seite 114.

sechs Monaten (fünf Monate + ein Monat) seit Urteilsverkündung ist die Einlegung eines Rechtsmittels überhaupt ausgeschlossen, unabhängig davon, ob vom Lauf dieser Frist Kenntnis bestand oder nicht. Diese uneigentliche Frist stellt keine Bestimmung zur Regelung des Prozeßbetriebs und des Prozeßfortgangs dar. Ihr innerer Grund ist vielmehr die rechtspolitische Erwägung, daß ergangene Urteile nicht allzu lange im Zustand der Schwebe belassen sein sollen. Dabei ist es völlig gleichgültig, ob die Parteien diese Gesetzesvorschrift kannten oder ob sie sie nicht kannten. Ebenso gleichgültig ist es, ob eine Partei die Rechtsmitteleinlegung innerhalb dieses Zeitraumes versäumte, weil Umstände eintraten, die bei echten prozessualen Fristen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen würden. Nach Ablauf der sechs Monate nach Urteilsverkündung ist die Rechtsmitteleinlegung ein für allemal ausgeschlossen. Wir sehen also, daß die Fünf- bzw. Sechsmonatfrist keine Frist im prozessualen Sinn und daher keine Frist im Sinne des § 62 ist. Bezüglich des ganzen Fragenkomplexes der Rechtsmitteleinlegung im streitgenössischen Rechtsstreit kommen als Fristen nur die Rechtsmittelfrist des § 516 (§ 552) und die Frist zur Berufungs-, bzw. Revisionsbegründung in Frage. Das ist, wie wir unten sehen werden, von entscheidender Bedeutung.

Wir können also hier die zusammenfassende Feststellung machen, daß die Berufungsfrist für jeden Streitgenossen gesondert läuft. Und zwar beginnt die Berufungsfrist zu laufen entweder mit der vom Gegner betriebenen Zustellung an den Streitgenossen, oder mit der vom Streitgenossen betriebenen Zustellung an den Gegner (§ 221 Abs. II), sodaß infolgedessen die vom Streitgenossen betriebene Zustellung an den Gegner diesem die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels nur gegenüber dem Streitgenossen eröffnet, der die Zustellung betrieben hat, nicht auch zur Rechtsmitteleinlegung gegenüber den andern Genossen [1]). Durch die Tatsache, daß die Rechtsmitteleinlegung auch ohne Lauf einer Rechtsmittelfrist, also ohne Urteilszustellung möglich ist (Novelle von 1924) wird hieran nichts geändert.

b) Rechtsmitteleinlegung.

Die sehr bestrittene Frage, ob das von nur e i n e m Genossen eingelegte Rechtsmittel auch für die andern Genossen als eingelegt gilt, wird von manchen Schriftstellern mit dem Problem der Unauflöslichkeit der notwendigen Streitgenossenschaft in engen Zusammenhang gebracht. Die Unauflöslichkeit wird hauptsächlich damit begründet, daß das erstinstanzielle Urteil nicht rechtskräftig werde, solange noch einer der Genossen die Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung habe. Es könne also ein Genosse durch Rechtsmittel-

[1]) So RGZ 48 / 417 Plenarentscheidung; Seuffert-Walsmann § 516 1 c; Baumbach § 516; Stein-Jonas § 61; Kisch a. a. O. Seite 115 u. a.

verzicht oder ungenutzten Fristablauf die Rechtskraft des Urteils nicht herbeiführen, die Rechtskraft sei vielmehr gehemmt, solange nicht alle Genossen das Recht zur Rechtsmitteleinlegung verloren haben. Insoferne kann die von vielen behauptete Unauflöslichkeit wohl nicht bestritten werden. Das folgt aus der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung. Die Theorie von der Unauflöslichkeit der notwendigen Streitgenossenschaft kann auch noch auf eine allgemein prozessuale Ueberlegung gestützt werden. Der Instanzenzug ist nämlich eine Fortsetzung des Rechtsstreits. In der Literatur ist dies eigentlich nirgends näher erörtert, es dürfte aber nicht als bestritten gelten. Der Prozeß ist normalerweise mit dem Urteil beendet. Wird nun ein Rechtsmittel eingelegt, d. h. wird von einer Partei die Aufhebung oder mindestens Abänderung des Urteils begehrt, so ist mit der Rechtsmitteleinlegung das Urteil gleichsam nicht mehr vorhanden, sondern der Prozeß geht weiter und wird erst mit dem Berufungsurteil beendet (angenommen daß Revision nicht mehr möglich ist). Das Berufungsurteil ist nicht etwa das „zweite" Urteil, sondern es ist d a s Urteil. Danach hat also die Rechtsmitteleinlegung nicht die Bedeutung einer neuerlichen Klageerhebung, sondern sie ist die Erklärung einer Partei, daß das Urteil nicht gelten soll, sondern daß der Prozeß weitergehen und von andern Richtern entschieden werden soll, wobei sich die Partei eine Abänderung des Urteils erhofft und hiefür bestimmte Gründe angibt.

Die Unauflöslichkeit der notwendigen Streitgenossenschaft darf aber nicht so verstanden werden, daß die Streitgenossen auf Grund prozessualer Vorschriften sozusagen aneinander gekettet sind, bis der Gesamtprozeß beendet ist. Daß eine Bindung besteht, kann selbstverständlich nicht bestritten werden. Sie ergibt sich aber nur aus dem materiellen Recht. Die Streitgenossen gehören nach dem Urteil noch genauso zusammen, wie sie vorher auf Grund der materiellrechtlichen Lage des Streitgegenstandes zusammengehört haben. Nur in diesem Sinn hat die behauptete Unauflöslichkeit eine Berechtigung. Wenn wir sie so verstehen, dann kommen wir sofort zu dem Schluß, daß ein eingelegtes Rechtsmittel das gesamte streitige Rechtsverhältnis erfassen muß, weil es eben den Streitgegenstand darstellt. Also nicht deswegen ist die Streitgenossenschaft unauflöslich, weil die darunter zu verstehende Personengesamtheit nicht teilbar wäre, sondern weil das streitige Recht seiner Identität wegen nicht teilbar ist. Die Entscheidung muß sich auf jeden Fall auf das alle Genossen einheitlich und gemeinsam angehende Rechtsverhältnis beziehen. Eine andere Entscheidung darf niemals möglich sein. Wenn sich aber die Entscheidung auf das ganze streitige Rechtsverhältnis bezieht, so muß auch das ganze streitige Rechtsverhältnis verhandelt werden [1]).

[1]) Stein-Jonas § 62 VI 2a; Kisch a. a. O. Seite 121.

Wenn wir soeben festgestellt haben, daß das eingelegte Rechtsmittel das ganze streitige Rechtsverhältnis erfassen muß, so ist damit nicht gesagt, daß das Rechtsmittel, um diese Wirkung zu haben, von allen Streitgenossen eingelegt werden muß, andernfalls es unzulässig wäre. Das von nur einem Genossen eingelegte Rechtsmittel ist genau so wenig unzulässig, wie die von nur einem Genossen erhobene Klage. Vorausgesetzt daß Form und Frist gewahrt sind, ist das isolierte Rechtsmittel immer zulässig, und zwar ganz gleichgültig, ob es sich um einen Fall der ersten oder der zweiten Alternative handelt. Natürlich ist dies genau so bestritten wie die Frage, ob die isolierte Klageerhebung im Fall der zweiten Alternative als unzulässig zu verwerfen oder als unbegründet abzuweisen ist. So hält Fuhr [1]) das isolierte Rechtsmittel für unzulässig, weil einheitlich entschieden werden müsse, wenn eine Streitgenossenschaft einmal vorhanden sei. Dies gelte auch für die Fälle, in denen Einzelklage zulässig sei (erste Alternative). Die Ansicht Fuhrs liegt konsequent in der Linie der von ihm vertretenen Unauflöslichkeit der notwendigen Streitgenossenschaft im Sinne einer engen prozessualen Bindung. Wir haben das abgelehnt. Völlig unzutreffend ist die von Fuhr herangezogene Begründung, daß das Einzelrechtsmittel schon deshalb unzulässig sei, weil eine Prozeßvoraussetzung, nämlich die Prozeßführungsbefugnis, fehle, wobei er ausdrücklich auf den genau wie bei der Einzelklage liegenden Fall hinweist. Wir haben oben eingehend nachgewiesen, daß das irrig ist. Die Prozeßführungsbefugnis hat jeder Genosse, also auch der allein klagende, aber die Sachlegitimation hat er nicht. Diese gehört aber zum Klagegrund und ihr Mangel macht die Klage unbegründet. Zulässig ist sie aber jedenfalls (wenigstens was die Prozeßvoraussetzung der Prozeßführungsbefugnis anlangt). Das Einzelrechtsmittel ist daher ebenfalls zulässig [2]). Das steht mit der von uns vertretenen Auffassung von der Unauflöslichkeit der notwendigen Streitgenossenschaft im Einklang, daß diese also nur eine Folge der materiellrechtlichen Bindung der Genossen ist, so wie sie vor und während des erstinstanziellen Streits bestanden hat, nicht aber etwa eine Folge des Urteils. Das ist schon deswegen unmöglich, weil das Rechtsmittel sich ja gegen dieses Urteil richtet und im Augenblick zulässiger Rechtsmitteleinlegung der Rechtsstreit so weitergeht, als ob kein Urteil ergangen wäre. In der zweiten Instanz wird nicht nachgeprüft, ob das erstinstanzielle Urteil richtig ist (wenn die Rechtsmittelentscheidung auch in ihren Folgen darauf hinausläuft), sondern es wird über den Streitgegenstand entschieden,

[1]) Fuhr a. a. O. Seite 43 und 45 Anmerkung. Ebenso Hellwig und Rosenberg.

[2]) Vgl. Stein-Jonas § 62 VI 2; RGZ 48/417.

wie nach dem Vorbringen der Parteien und dem Beweisergebnis entschieden werden muß. Ob das Rechtsmittel allerdings auch begründet ist, ist eine andere Frage. Die Antwort gibt das materielle Recht. Im Fall der ersten Alternative ist die Berufung begründet (wenigstens was die Frage betrifft, ob der das Rechtsmittel Einlegende sachlich legitimiert ist), weil das streitige Recht von jedem einzelnen Genossen geltend gemacht werden kann. Die Rechtskrafterstreckung des Berufungsurteils auf die andern Genossen regelt das materielle Recht. Die Berufung muß aber dann als unbegründet zurückgewiesen werden, wenn das Urteil der Vorinstanz einem andern Genossen gegenüber bereits rechtskräftig ist und diese Rechtskraft sich auch auf den betreffenden Genossen erstreckt [1]). Das ist allerdings nur in dem Fall möglich, in dem der Gegner mit Beschränkung auf einen einzelnen Genossen Berufung eingelegt hat und abgewiesen wurde. Darauf wird unten noch näher eingegangen werden. Im Fall der zweiten Alternative ist die Einzelberufung immer als unbegründet zurückzuweisen, weil dem betreffenden Genossen die Aktivlegitimation fehlt.

Es kommt uns hier hauptsächlich darauf an festzustellen, daß das von nur einem Genossen eingelegte Rechtsmittel jedenfalls zulässig ist, daß also die Tatsache einer in der ersten Instanz bestehenden und auf Grund des Fortsetzungsgrundsatzes noch bestehenden Prozeßverbindung für diese Frage ohne Bedeutung ist. Die Beurteilung des Rechtsmittels erfolgt nach materiellem Recht und ist von der prozessualen Erscheinung der notwendigen Streitgenossenschaft unabhängig [2]). Aus der Tatsache der Zulässigkeit des Einzelrechtsmittels folgt wiederum, daß die grundsätzliche Voraussetzung zur Anwendung der Vertretungsfiktion des § 62 gegeben ist. Denn wir erinnern uns, daß diese Voraussetzung darin besteht, daß der Genosse, dessen Vertretungstätigkeit fingiert wird, für sich selbst handeln kann, andernfalls die Fiktion hinfällig wäre, weil es sich dann um eine echte Vertretung handeln würde (s. o.).

Wir kommen damit zum Kernstück unserer gegenwärtigen Erörterungen, nämlich zur Frage der Anwendung der Vertretungsfiktion auf das von nur einem Genossen eingelegte Rechtsmittel. Hierzu ist notwendig, daß eine Frist läuft. Wir haben bereits festgestellt, daß eine Frist nur für den Streitgenossen läuft, der die Urteilszustellung betrieben hat oder demgegenüber sie betrieben wurde. Es ist also möglich, daß für jeden Genossen eine andere Frist läuft. Oder daß sie für den einen Genossen läuft und für den andern nicht. Nach der Novelle 1924 ist wie schon gesagt nicht notwendig, daß überhaupt eine Frist läuft. Das Rechtsmittel kann

---

[1]) Stein-Jonas § 62 2a.
[2]) Kisch a. a. O. Seite 121.

vielmehr auch so eingelegt werden. Das ändert aber nichts an der sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebenden Tatsache, daß die Vertretungsfiktion des § 62 nur Anwendung finden kann, wenn eine Frist läuft. Als Frist kommt hier aber nur die einmonatliche Rechtsmittelfrist der §§ 516, 552 ZPO in Betracht.

In dem Zeitpunkt, in dem einer der Streitgenossen Berufung einlegt, sind bezüglich des Laufs der Rechtsmittelfristen der andern Genossen folgende Fälle möglich:

1. Die Berufungsfrist läuft für die andern Genossen ebenfalls, weil sie die Urteilszustellung betrieben haben, oder weil diese ihnen gegenüber betrieben wurde.
2. Die Berufungsfristen der andern Genossen laufen nicht mehr. Sie sind abgelaufen, ohne daß Berufung eingelegt wurde. Oder die andern Genossen haben auf die Berufung verzichtet oder ein bereits eingelegtes Rechtsmittel wieder zurückgenommen.
3. Die Berufungsfrist der andern Genossen läuft n o c h nicht.

Der Fall zu 1. liegt verhältnismäßig einfach. Wenn eine Rechtsmittelfrist läuft, so ist der betreffende Genosse, für den sie läuft, in jedem Augenblick des Fristzeitraums, in dem er die Rechtsmitteleinlegung nicht tätigt, säumig. Wenn nun ein Genosse Berufung einlegt, so wird die Vertretungsfiktion angewandt und die andern Genossen werden Partei der Berufungsinstanz. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob für den das Rechtsmittel einlegenden Genossen die Rechtsmittelfrist läuft. Die Einlegung ist im Gegensatz zu der Regelung vor der Novelle 1924 nicht mehr daran gebunden, daß eine Rechtsmittelfrist laufen muß.

Wie ist es nun im Falle zu 2.? Hier können die andern Genossen von sich aus nicht mehr Berufung einlegen. Allerdings konnte ihre Untätigkeit oder ihr Rechtsmittelverzicht die dieser Unterlassung bzw. Handlung eigentümliche Wirkung nicht auslösen, nämlich die Herbeiführung der Rechtskraft. Wir haben schon festgestellt, daß das erstinstanzielle Urteil solange nicht rechtskräftig sein kann, solange noch einer der Genossen die Möglichkeit hat, ein Rechtsmittel einzulegen. Das ist hier der Fall. In der Literatur findet man bezüglich dieses Falls die verschiedensten Ansichten. So wird vertreten, daß die Genossen, deren Frist ungenützt abgelaufen ist oder die verzichtet haben, von der Rechtsmitteleinlegung eines Genossen, der dazu noch berechtigt ist, überhaupt nicht betroffen werden [1]). Wieder andere vertreten die Ansicht [2]), daß, wenn

[1]) Kisch a. a. O. Seite 113; Hachenburg a. a. O. Seite 53, 75; Wachenfeld.
[2]) Fuhr a. a. O. Seite 41.

auch nur ein Genosse rechtzeitig handelt, die Fristen für alle gewahrt werden, auch dann, wenn ein Teil der Genossen durch Fristablauf oder Verzicht ihres Rechtsmittels schon verlustig gegangen sind. Das wird damit begründet, daß der tätige Genosse durch das Verhalten der untätigen oder verzichtenden keinen Schaden leiden darf, das Urteil aber einheitlich lauten muß. Deshalb müßten die ihres Rechtsmittels verlustig gegangenen Genossen Parteien des Rechtsmittelverfahrens werden. Auch das Reichsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen [1]) den Standpunkt eingenommen, daß der das Rechtsmittel zurücknehmende Genosse Partei bleiben und das Rechtsmittelurteil auch gegen ihn ergehen müsse. Dies wird mit der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung begründet. Daran ist soviel richtig, daß selbstverständlich diese Notwendigkeit nicht geleugnet werden darf, da man sonst überhaupt den Boden verliert. Man kann aber damit m. E. nicht begründen, daß die untätigen Genossen Partei der Rechtsmittelinstanz werden müssen. Wohl aber ergibt sich aus der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung, daß das Urteil auf alle Genossen lauten muß. Das folgt aus der materiellrechtlichen Bindung der Streitgenossen, oder mit andern Worten aus der Tatsache, daß ein identisches Recht den Streitgegenstand bildet, daß aber mehrere Subjekte zu diesem identischen Streitgegenstand materiellrechtliche Beziehungen besitzen. Daher ist etwas anderes, als das eben Gesagte nicht möglich. Wie schon angedeutet, ist zum Erlaß eines solchen Urteils nicht notwendig, daß die andern Genossen Partei der Rechtsmittelinstanz werden. Diese Genossen haben durch ungenützten Fristablauf oder durch ihren Rechtsmittelverzicht zum Ausdruck gebracht, daß sie sich mit dem erstinstanziellen Urteil zufriedengeben wollen. Es wäre daher unbillig, wollte man sie wider ihren Willen in die Instanz schleppen. Allerdings können sie nicht verhindern, daß das Urteil abgeändert wird, denn es ist eben nicht rechtskräftig, und ebenso wenig können sie verhindern, daß diese Abänderung auch gegen sie wirkt. Aber sie können nicht gezwungen werden, das Kostenrisiko, das eine Rechtsmitteleinlegung mit sich bringt, mitzutragen. Das Urteil ergeht deshalb gegen alle (d. h. die im Urteilstenor aufgeführten Personen sind dieselben wie im erstinstanziellen Urteil), aber im Kostenpunkt wird nur der die Berufung einlegende Genosse betroffen. Man wird den übrigen Genossen auch das Recht einräumen müssen, an der Verhandlung in der zweiten Instanz teilzunehmen, denn es handelt sich ja um ihr Recht. Bei Verwerfung des Rechtsmittels sind die Kosten dann auch von denjenigen Genossen mitzutragen, die sich durch Prozeßhandlungen

[1]) RGZ 90/42; 96/52; 96/251; RGJW 03, 21, 2.

an dem Verfahren in zweiter Instanz beteiligt haben [1]). Es bleibt also dabei, daß die übrigen Genossen nicht Partei geworden sind, weil sie weder ein Rechtsmittel eingelegt haben, noch eine Rechtsmitteleinlegung ihrerseits mangels Vorliegens einer Frist fingiert werden kann. Diese Lösung erscheint richtig, weil sie das Wesen von Rechtsmittelverzicht bzw. Unterlassung der Rechtsmitteleinlegung mit den Grundsätzen der notwendigen Streitgenossenschaft in Einklang bringt, d. h. die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung sichert.

Nun zum Fall zu 3. Hier laufen die Rechtsmittelfristen der andern Genossen noch nicht. Hier nimmt nun der überwiegende Teil der Schriftsteller an, daß seit der Neuregelung durch die Novelle 1924 die Einlegung der Berufung durch einen Genossen für alle andern gelte, weil zur Rechtsmitteleinlegung der Lauf einer Rechtsmittelfrist (wie früher § 516 Abs. II und § 552 Abs. II) nicht mehr nötig sei und für jeden Genossen jedenfalls die fünfmonatliche Präklusivfrist laufe, die die Anwendung der Vertretungsfiktion des § 62 rechtfertige. Das ist heute die herrschende Meinung [2]). Dagegen bestehen Bedenken. Wir sind oben schon näher auf das Wesen der Fünfmonat„frist" eingegangen und haben festgestellt, daß das keine Frist im eigentlichen Sinn ist. Daran muß unbedingt festgehalten werden. Es ist richtig, daß heute auch ohne Urteilszustellung und also ohne Lauf einer Rechtsmittelfrist die Rechtsmitteleinlegung getätigt werden kann. Aber die prozessuale Einrichtung der Rechtsmittelfrist als einer Notfrist besteht immer noch. Das ist die einzige Frist, um die es hier geht. Die obige Ansicht wäre zweifellos richtig, wenn der § 516 etwa dahin lauten würde, daß die Rechtsmittelfrist eine Notfrist sei, so und solang daure und mit der Urteilsverkündung beginne. Dann befänden sich alle Genossen innerhalb dieses Zeitraums in einem Fristablauf. So ist das aber nach dem Wortlaut des § 516 nicht. Die Fünfmonat„frist" ist eine Zeitangabe, innerhalb der der Lauf der Rechtsmittelfrist durch Urteilszustellung bewirkt werden kann. Inwiefern sich die Parteien ohne Urteilszustellung trotzdem in einem wirklichen Fristablauf befinden, sollen, ist nicht einzusehen und wird von den zitierten Vertretern auch nicht näher begründet. Mangels Vorliegens einer Frist kann also die Rechtsmitteleinlegung eines Genossen nicht von der Vertretungsfiktion erfaßt werden. Das eingelegte Rechtsmittel ist ein Einzelrechtsmittel. Als solches ist es, wie schon eingehend dargelegt, zulässig. In Fällen der ersten Alternative [3]) ist es auch begründet, was das Vorliegen der Sachlegitimation anlangt. Solange

---

[1]) Vgl. Seuffert-Walsmann § 62 3c.

[2]) Stein-Jonas § 62 VI 2; Fuhr a. a. O. Seite 41.

[3]) Die gegenwärtigen Erörterungen betreffen zunächst nur den Fall der ersten Alternative. Bezüglich der zweiten Alternative vgl. unten.

nun die Rechtsmittelfristen der andern Genossen nicht laufen und also die Vertretungsfiktion nicht angewendet werden kann, ist der das Rechtsmittel einlegende Genosse allein Partei der Rechtsmittelinstanz. Die andern Genossen können sich am Verfahren beteiligen. Das Urteil lautet wiederum gegen alle Streitgenossen. Im Kostenpunkt aber nur gegen den betreffenden Genossen und auch gegen diejenigen, die sich durch Vornahme von Prozeßhandlungen am Verfahren zweiter Instanz beteiligt haben. Erfolgt aber während des Rechtsmittelverfahrens eine weitere Urteilszustellung gegen einen Genossen oder stellt einer derselben das Urteil zu, so läuft bezüglich seiner Person die Rechtsmittelfrist und die Vertretungsfiktion greift im selben Augenblick Platz, wie es der Wortlaut des § 62 vorschreibt. Dasselbe gilt, wenn das Verfahren in zweiter Instanz länger als fünf Monate seit Urteilsverkündung dauert. Wenn nämlich fünf Monate verstrichen sind, läuft die Berufungsfrist bezüglich aller Genossen, die bis dahin noch keine Urteilszustellung bewirkt haben oder denen gegenüber sie nicht bewirkt wurde. Sobald also das Rechtsmittelverfahren vor Ablauf von fünf Monaten nicht beendet ist, werden alle Genossen Partei desselben (abgesehen von dem vorher besprochenen Fall, daß sie der Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung durch Fristablauf oder Rechtsmittelverzicht bereits verlustig gegangen sind). Man mag dagegen einwenden, daß es also ganz dem Zufall überlassen ist, ob die Genossen Partei werden. Das ist richtig. Aber nach dem Wortlaut des Gesetzes gibt es keine andere Lösung.

Das eben Erörterte gilt zunächst nur für den Fall der ersten Alternative. Hier kann ein Genosse allein klagen. Er kann folglich auch allein Partei der Rechtsmittelinstanz sein und es bleibt der eben besprochenen Regelung überlassen, ob die andern Genossen ebenfalls Partei werden oder nicht.

Im Fall der zweiten Alternative kann ein Genosse nicht allein klagen. Es kann also hier auch nicht ein Genosse allein Partei der Rechtsmittelinstanz sein, was sich aber nur im Klaggrund auswirkt. In Fällen, in denen das von nur einem Genossen eingelegte Rechtsmittel mangels Vorliegens einer Frist nicht für die andern Genossen gelten kann, muß dieses Rechtsmittel als unbegründet abgewiesen werden. Läuft aber eine Frist, dann sind auch hier alle Genossen Partei der Rechtsmittelinstanz und das Rechtsmittel ist begründet, was die Frage der Sachlegitimation anlangt.

Stein-Jonas [1]) und Baumbach [2]) vertreten die Ansicht, daß nur derjenige Genosse ein Rechtsmittel einlegen könne, der durch das erstinstanzielle Urteil besonders beschwert sei. Das ist schon des-

[1]) Stein-Jonas § 62 VI.
[2]) Baumbach § 62 B.

wegen ein Irrtum, weil es bei der notwendigen Streitgenossenschaft wegen der Identität der Streitgegenstände einen solchen Fall gar nicht geben kann [1]). Die von Stein-Jonas zitierte Reichsgerichtsentscheidung [2]) gehört hier nicht her, weil ihr ein Fall der gewöhnlichen subjektiven Klagenhäufung zugrunde liegt, bei der es natürlich sehr wohl möglich ist, daß ein Streitgenosse durch das Urteil mehr beschwert ist als ein anderer. Bei der notwendigen Streitgenossenschaft ist das aber vollkommen unmöglich. Es ließe sich allenfalls denken, daß das besonders geartete Innenverhältnis der Streitgenossen eine besondere Beschwerung zur Folge hat, das ist aber für den streitgenössischen Prozeß unerheblich. Die Zitierung der erwähnten Entscheidung bei Stein-Jonas erfolgte daher wohl irrtümlich.

Die bisherigen Erörterungen im Abschnitt über die Rechtsmitteleinlegung bezogen sich auf den Fall, daß das Rechtsmittel von einem Genossen eingelegt wird, daß also ein Genosse der tätige Teil ist. Wenn nun aber der Gegner das Rechtsmittel einlegt, kommen wir zu andern Ergebnissen. Bei der Besprechung der Rechtsmittelfristen im streitgenössischen Prozeß haben wir den Fall, daß der Gegner die Urteilszustellung gegen einen Genossen bewirkt, und den Fall, daß ein Genosse sie dem Gegner gegenüber bewirkt, gleichbehandelt. In beiden Fällen wurde die Anwendung der Vertretungsfiktion abgelehnt.

Bezüglich der Rechtsmitteleinlegung durch den Gegner ist nun zunächst der in der Praxis häufig vorkommende Fall zu behandeln, daß der Gegner das Rechtsmittel durch Einreichung eines Schriftsatzes beim Rechtsmittelgericht einlegt (§§ 518, 553) und zwar ohne Beschränkung auf irgend einen Genossen. Damit ist das Rechtsmittel gegen alle Streitgenossen eingelegt, denn es ist einfach gegen das Urteil eingelegt, aus dessen Tenor die Persönlichkeiten der Genossen hervorgehen müssen [3]).

Anders der Fall, daß der Gegner das Rechtsmittel auf einen Genossen beschränkt. Hier kann die Vertretungsfiktion in keinem Fall Platz greifen, also auch nicht wenn die Voraussetzung hiezu, nämlich der Lauf der Rechtsmittelfrist für alle Genossen, gegeben wäre, denn die Anwendung der Vertretungsfiktion erfordert begrifflich ein Tätigwerden des Vertreters für die Vertretenen. Wir haben schon mehrmals festgestellt, daß die Vertretungsfiktion den Zweck hat, die Weiterführung des Prozesses zu sichern, wenn nur wenigstens ein Genosse handelt. Wenn aber der Gegner handelt, besteht dieses Interesse nicht. Der Gegner muß seine Handlungen von

---

[1]) Vgl. Fuhr a. a. O. Seite 42
[2]) RGZ 46 / 415
[3]) Seuffert-Walsmann § 516 1c.

sich aus so einrichten, daß sie für alle Genossen wirken, andernfalls trägt er selbst die Folgen. Die Vorschrift des § 62, die an sich eine Ausnahmevorschrift ist, ist für die Streitgenossenschaft gedacht und soll daher nur ihr zugute kommen. Das vom Gegner mit Beschränkung auf einen oder einzelne Genossen eingelegte Rechtsmittel gilt also stets nur für diese [1]).

Bezüglich der Zulässigkeit des vom Gegner eingelegten Einzelrechtsmittels gilt dasselbe wie oben. Es ist zulässig, vorausgesetzt daß Form und Frist gewahrt sind [1]). Ob es auch begründet ist, richtet sich nach materiellem Recht. Im Fall der ersten Alternative kann der Gegner auch einen einzelnen Genossen verklagen, es wird daher auch sein Einzelrechtsmittel begründet sein, was die Passivlegitimation anlangt. Im Fall der zweiten Alternative würde die isolierte Klageerhebung unbegründet sein, daher ist auch jetzt sein Einzelrechtsmittel unbegründet.

Das in diesem Abschnitt über die Rechtsmittel Berufung und Revision Gesagte gilt entsprechend für den Einspruch.

Auch die Wiederaufnahmeklage gehört hierher, obwohl sie kein Rechtsmittel ist. Die Wiederaufnahme muß sich stets auf sämtliche Genossen beziehen. Das folgt aus dem Wesen der Wiederaufnahme, denn wiederaufgenommen wird der seinerzeitige Rechtsstreit, so wie er war. Die Parteien müssen wieder dieselben sein, also muß die ganze Streitgenossenschaft zugezogen werden, auch diejenigen Genossen die infolge Ablaufs der Fristen des § 586 Abs. II die Möglichkeit, die Wiederaufnahme zu betreiben verloren haben [2]). Der Gegner muß die Wiederaufnahmeklage gegen sämtliche Genossen richten, was wiederum aus dem Wesen der Wiederaufnahme des Verfahrens folgt. Hier ist die Klage allerdings unzulässig, wenn bezüglich eines Genossen die Fünfjahresfrist abgelaufen ist.

c) Rechtsmittelzurücknahme.

Es soll jetzt die Frage geprüft werden, ob die Vertretungsfiktion des § 62 auf die von nur einem Streitgenossen erklärte Rechtsmittelzurücknahme Anwendung finden soll und außerdem die Frage, welche Folgen diese Rechtsmittelzurücknahme für das streitgenössische Verfahren in der Rechtsmittelinstanz hat [3]).

Die Rechtsmittelzurücknahme hat eine gewisse Aehnlichkeit mit der Klagezurücknahme (s. d.). So wie diese der Widerruf des in

---

[1]) Stein-Jonas § 62 VI 2.

[2]) Vgl. RGZ 96/52; Stein-Jonas § 62 Anmerkung 92; bezüglich der Fünfjahresfrist anderer Meinung Förster-Kann § 62 4a dd.

[3]) Die Behandlung dieser Frage gehört eigentlich in den Abschnitt über die Regelung der Terminssäumnis. Der Uebersichtlichkeit halber wird sie aber im Anschluß an die Erörterung der Rechtsmitteleinlegung behandelt.

der Klageerhebung liegenden Gesuchs um Rechtsschutzgewährung ist, so ist die Rechtsmittelzurücknahme der Widerruf des mit der Rechtsmitteleinlegung gestellten Gesuchs um Gewährung von Rechtsschutz durch Nachprüfung des angefochtenen Urteils. Die Wirkung der Rechtsmittelzurücknahme ist sehr bestritten. Es ist notwendig, hier auf den Streit kurz einzugehen, da er für die Lösung unserer gegenwärtigen Frage von entscheidender Bedeutung ist. Die herrschende Meinung steht nämlich hier auf dem irrigen Standpunkt, daß die Wirkung der Rechtsmittelzurücknahme in dem ex tunc eintretenden Verlust d i e s e s eingelegten Rechtsmittels besteht, nicht aber im Verlust der Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung überhaupt [1]). Nach dieser Ansicht kann also die das Rechtsmittel zurücknehmende Partei dasselbe von neuem einlegen. Das muß unbedingt abgelehnt werden. Aus den Motiven [2]), sowie aus dem Wortlaut des § 515 Abs. III („Verlust d e s Rechtsmittels") ergibt sich zweifelsfrei, daß die Wirkung der Rechtsmittelzurücknahme der des Rechtsmittelverzichts gleichgestellt sein soll, daß also der das Rechtsmittel Zurücknehmende niemals wieder ein Rechtsmittel einlegen kann [3]). Diese Ansicht muß gerade h e u t e unter allen Umständen als allein richtig gelten, weil nach den heutigen rechtspolitischen Grundsätzen immer diejenige Ansicht den Vorzug verdient, die einen Mißbrauch der Gerichte unmöglich macht. Es soll niemand die Möglichkeit haben, den Gerichtsapparat in Bewegung zu setzen, dann wieder durch Rechtsmittelzurücknahme sein Desinteresse zu bezeugen, um dann den Apparat aufs neue in Bewegung zu setzen, ganz wie es ihm beliebt. Wir vertreten also die Ansicht, daß die Rechtsmittelzurücknahme den Verlust der Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung nach sich zieht und daher (im gewöhnlichen nicht streitgenössischen Prozeß) Rechtskraft des erstinstanziellen Urteils herbeiführt.

Wenn nun der allein erschienene Genosse im Termin sein Rechtsmittel zurücknimmt und der Gegner willigt in die Zurücknahme ein, so verbietet sich die Anwendung der Vertretungsfiktion aus verschiedenen Gründen. Da die Rechtsmittelzurücknahme an sich geeignet ist, Rechtskraft herbeizuführen, würde diese Wirkung tatsächlich und zwar für alle Genossen eintreten, wenn man § 62 anwenden, d. h. die vom erschienenen Genossen erklärte Rechtsmittelzurücknahme für alle gelten lassen wollte. Darin läge aber eine unmittelbare Einwirkung auf das materielle Recht der säumigen Genossen. Das kann wohl kaum bestritten werden. Der Eintritt der Rechtskraft, also besonders der materiellen Rechtskraft und

---

[1]) Baumbach § 515 3; Stein-Jonas § 515 III; Hellwig System 1, 840.
[2]) Motive zu Entw. III 300.
[3]) So Seuffert-Walsmann § 515 4; RGZ 61 / 420; 96 / 189.

ihrer Feststellungswirkung, stellt wohl die denkbar erheblichste Einwirkung auf das materielle Recht dar, denn zur Herbeiführung dieses materiellrechtlichen Erfolgs wird ja der Prozeß gerade geführt. In Verfolg unseres oben aufgestellten Grundsatzes lehnen wir daher auch hier die Anwendung der Vertretungsfiktion ab.

Indessen ist die Ablehnung auch noch aus einem andern Grund geboten. Wir haben oben die Aehnlichkeit von Klagezurücknahme und Rechtsmittelzurücknahme angedeutet. Die letztere kann nun genau wie die erstere sowohl im Termin, als auch außerhalb des Termins durch Schriftsatz erfolgen. Die Vornahme im Termin ist also eine rein zufällige. Eine Vertretung außerhalb eines Termins (Fristvertretung kommt hier nicht in Frage) gibt es nach dem Wortlaut des § 62 nicht. Deshalb muß die Rechtsmittelzurücknahme genauso wie die Klagezurücknahme aus dem Geltungsbereich des § 62 ausscheiden.

Daß die Rechtsmittelzurücknahme eines Genossen nicht die Rechtskraft des Urteils herbeiführen kann, haben wir oben schon festgestellt. Die weiteren Folgen der Zurücknahme sind ähnliche wie bei der Klagezurücknahme. Der betreffende Genosse scheidet aus der Streitgenossenschaft aus. Er trägt laut § 515 die Kosten mit, die bis zum Zeitpunkt seiner Rechtsmittelzurücknahme entstanden sind und auf ihn treffen. Ist die Rechtsmittelzurücknahme im Termin erklärt worden, so sind die säumigen Genossen durch das Ausscheiden des erschienenen nicht mehr vertreten und es kann gegen sie ein Versäumnisurteil ergehen. Dasselbe können sie durch Einspruch beseitigen, worauf ihre Prozesse weitergehen. Im Fall der ersten Alternative sind sie weiter sachlich legitimiert und sie können, falls ihr Rechtsmittel auch sonst begründet ist, die Aufhebung oder Abänderung des erstinstanziellen Urteils erreichen, das dann gegen den ausgeschiedenen Genossen ebenfalls Rechtskraft wirkt. Die notwendig einheitliche Entscheidung ist gesichert. Anders im Fall der zweiten Alternative. Hier verlieren die säumigen Genossen durch das Ausscheiden des erschienenen die Aktivlegitimation und ihr Rechtsmittel verfällt der Abweisung als unbegründet [1]).

Es sei hier noch kurz auf eine von Stein-Jonas [2]) vertretene Ansicht eingegangen. Er befürwortet eine Anwendung der Vertretungsfiktion (im Termin) auf die Rechtsmittelzurücknahme, wenn derselbe Genosse das Rechtsmittel auch eingelegt hat und seine Einlegung auf Grund der Vertretungsfiktion für die andern gewirkt hat. Dieser Gedankengang ist auf Anhieb bestechend, hält aber einer genauen Ueberlegung nicht stand. Die Anwendung der Ver-

---

[1]) Vgl. hierzu oben Abschnitt Klagezurücknahme.
[2]) Stein-Jonas § 515.

tretungsfiktion auf die Rechtsmitteleinlegung (wie überhaupt) bedeutet, daß es so angesehen wird, als hätten die Genossen, für die die Rechtsmitteleinlegung wirkt, das Rechtsmittel selbst eingelegt. Das ist der Sinn der Fiktion. Nach erfolgter Anwendung der Vertretungsfiktion ist die Stellung desjenigen Genossen, der das Rechtsmittel tatsächlich eingelegt hat, der Stellung der andern vollkommen gleich. Das wiederum ist der Sinn der Regelung des § 62. Ist also die Anwendung einmal erfolgt, so können für den weiteren Verlauf des Verfahrens hieraus keine Folgen mehr gezogen werden. Das würde nämlich bedeuten, daß diejenigen Genossen, deren prozessuale Stellung und Lage auf Grund der Vertretungsfiktion herbeigeführt wurde, eine mindere Stellung, also ein minderes prozessuales Recht haben. Das verstößt aber gegen Begriff und Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft.

d) Rechtsmittelverzicht.

Der Rechtsmittelverzicht ist die Erklärung, durch die das Recht auf Nachprüfung der ergangenen Entscheidung aufgegeben wird. Es gilt hier im wesentlichen dasselbe wie bei der Rechtsmittelzurücknahme. Der von einem Genossen erklärte Verzicht kann nicht Rechtskraft des erstinstanziellen Urteils herbeiführen, wie das an sich die Folge und überhaupt der Zweck des Rechtsmittelverzichts im gewöhnlichen Rechtsstreit ist.

Die Anwendung der Vertretungsfiktion auf einen im Termin vom erschienenen Genossen erklärten Rechtsmittelverzicht verbietet sich aus den gleichen Gründen wie die Anwendung auf die Rechtsmittelzurücknahme. Bei Anwendung der Vertretungsfiktion ergäbe sich durch die Herbeiführung der Rechtskraft für alle Genossen eine Einwirkung auf das materielle Recht derselben. Im übrigen gilt auch hier das bei der Rechtsmittelzurücknahme Gesagte, daß der Rechtsmittelverzicht schon deshalb aus dem Geltungsbereich des § 62 ausscheiden muß, weil er sowohl im Termin, als auch außerhalb des Termins durch Schriftsatz erklärt werden kann.

Die weiteren Folgen des von nur einem Genossen erklärten Rechtsmittelverzichts sind sehr bestritten. Stein-Jonas [1]) und Baumbach [2]) sind der Meinung, daß der im Termin von einem Genossen erklärte Rechtsmittelverzicht nur für ihn gelte und die später von den andern Genossen eingelegten Rechtsmittel ihn nicht mehr berührten. Das ist nur bedingt richtig. Wir haben den Fall, daß ein Genosse im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung durch die andern Genossen seinerseits der Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung durch Verzicht bereits verlustig gegangen ist, im Abschnitt über

[1]) Stein-Jonas § 514 III.
[2]) Baumbach § 514 2

die Rechtsmitteleinlegung als 2. Fall behandelt. Der betreffende Genosse kann selbstverständlich niemals mehr Partei werden. Er will es ja auch gar nicht. Aber er kann auch nicht verhindern, daß das erstinstanzielle Urteil trotzdem abgeändert wird, weil eben sein Verzicht nicht Rechtskraft herbeiführen kann. Das Urteil wirkt trotzdem gegen ihn. Man kann also die Wirkung des von einem Genossen erklärten Rechtsmittelverzichts so formulieren: bezüglich des verzichtenden Genossen tritt die sog. formelle Rechtskraft ein, weil er seinerseits nie mehr eine Abänderung des Urteils mit Hilfe der ordentlichen Rechtsmittel begehren kann. Die materielle Rechtskraft, die in der Feststellungswirkung des Urteils besteht, tritt aber nicht ein. Auch nicht bezüglich seiner Person, da andere die Abänderung noch begehren können, die Entscheidung aber einheitlich sein muß. Bezüglich der andern Genossen tritt weder die formelle, noch selbstverständlich die materielle Rechtskraft ein.

Irrig ist die Ansicht des Reichsgerichts [1]), daß der von einem Genossen erklärte Rechtsmittelverzicht überhaupt unwirksam sein soll. Es ist nicht einzusehen, daß ein Genosse nicht die Möglichkeit haben soll zu erklären, daß er sich mit dem Urteil zufrieden geben und mit dem Prozeß nichts mehr zu tun haben wolle. Diese Möglichkeit muß er haben. Allerdings hat er nach erklärtem Verzicht nur mit dem Prozeß nichts mehr zu tun. Weiter geht die Wirkung seines Verzichts nicht.

Was die prozessuale Lage der andern Genossen anlangt, wenn sie das Urteil anfechten, so gilt das bei der Rechtsmittelzurücknahme Gesagte (wie auch bei der Klagezurücknahme). Im Fall der ersten Alternative können sie das Rechtsmittelverfahren durchführen, weil sie von Anfang an hätten allein klagen oder verklagt werden können. Im Fall der zweiten Alternative können sie es nicht, weil ihnen die sachliche Legitimation mangelt.

II. Die Genossen sind nicht säumig.

1. Ihre Handlungen stimmen überein.

Dies ist der denkbar einfachste Fall. Wenn alle Streitgenossen im Termin anwesend oder ordnungsgemäß vertreten sind, bietet die notwendige Streitgenossenschaft als prozessuale Erscheinung nichts Problematisches.

Lediglich die Frage, ob einer der Genossen im streitgenössischen Prozeß Zeuge sein kann, verdient eine kurze Erörterung. Das Reichsgericht stand und steht leider immer noch auf dem formalen Standpunkt, daß ein Streitgenosse nicht Zeuge sein könne, weil seine Parteieigenschaft die Zeugnisfähigkeit ausschließe [2]). Hierzu

[1]) RGJW 03, 21.
[2]) RGZ 19/319; 34/237; 72/218; 91/37; RGJW 14/155.

ist folgendes zu sagen: ein Streitgenosse kann zunächst jedenfalls dann Zeuge sein, wenn er aus dem Prozeß ausgeschieden ist, (z. B. durch Klagezurücknahme oder Rechtsmittelzurücknahme usw.) und der Prozeß der andern weitergeht und bis zu Ende durchgeführt wird (was allerdings nur im Fall der ersten Alternative möglich ist). In diesem Fall kann seine Zeugnisfähigkeit nicht geleugnet werden, denn er ist nicht Partei. Dem steht auch nicht entgegen, daß er am Ausgang des Prozesses gleichwohl interessiert ist, weil die zu ergehende Entscheidung auch ihn berührt, da sie auch gegen ihn Rechtskraft wirkt. Wenn er aber nun Partei des streitgenössischen Rechtsstreits ist, dann ist dem Reichsgericht insoferne recht zu geben, als er nicht als Zeuge in Frage kommt, wo es sich um Tatsachen handelt, die in seiner Person begründet sind. Im nichtstreitgenössischen Prozeß ist das natürlich immer der Fall, sodaß man dort mit unbedingter Richtigkeit sagen kann, daß sich Parteieigenschaft und Zeugnisfähigkeit ausschließen. Im streitgenössischen Prozeß kann man das nicht sagen. Es verstößt jedenfalls nicht gegen das Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft, wenn ein Genosse über T a t s a c h e n als Zeuge vernommen wird, die nur in der Person eines andern Genossen begründet sind. Diese Tatsachen berühren also nur den Prozeß des betreffenden Genossen, über den ausgesagt werden soll. Die Bejahung der Zeugnisfähigkeit eines Genossen ist also nichts weiter, als eine Schlußfolgerung aus dem unbestrittenen Grundsatz, daß im streitgenössischen Verfahren nicht e i n Prozeß vorliegt, sondern daß sich jeder Genosse in seinem eigenen Prozeßrechtsverhältnis befindet. Unsere Ansicht kann außerdem noch durch folgende Ueberlegung gestützt werden: es muß in jedem Prozeß die Möglichkeit bestehen, das Wissen aller irgendwie in Frage kommenden Personen um Tatsachen, deren Feststellung für die Entscheidung erheblich ist, zu verwerten. Dies muß auch im streitgenössischen Verfahren möglich sein. Im Gegenteil sogar erst recht, weil sich die Beweisaufnahme in streitgenössischen Prozessen meist schwierig gestaltet.

Man könnte hiergegen vorbringen, daß die Tatsachen, über die ein Genosse Zeugnis ablegen soll, für die Entscheidung bezüglich des andern Genossen maßgebend sind, der aussagende Genosse also daran interessiert ist, weil die Entscheidung einheitlich sein muß. Dieser Einwand schlägt aber nicht durch, denn das Gesetz schließt in §§ 383, 384 ZPO niemand von der Zeugnisfähigkeit aus, der am Ausgang des Prozesses interessiert ist. Im übrigen wäre die Streitgenossenschaft, wollte man die Zeugnisfähigkeit eines Genossen verneinen, schwer benachteiligt. Die Streitgenossenschaft hätte dann bezüglich einer Tatsache, die für die Person eines Genossen von entscheidender Bedeutung ist, keine Beweismöglichkeit, obwohl eine Person vorhanden ist, die über diese Tatsache Genaues

weiß und also darüber Zeugnis ablegen kann. Das ist einfach ein Unding und widerspricht dem prozessualen Grundsatz, daß die materielle Wahrheit erforscht werden muß, wenn die Parteien es wollen. Der formale Standpunkt des Reichsgerichts besagt nicht weniger als die jeder Vernunft widersprechende Ansicht, daß die Möglichkeit zur Wahrheitserforschung zwar positiv vorliegt, daß die Wahrheit aber trotzdem nicht erforscht werden darf, weil das hierzu nötige Beweismittel, nämlich ein Zeuge, am Ausgang des Rechtsstreits interessiert ist (wiewohl es nicht s e i n Prozeß ist) und deshalb nicht als Zeuge in Frage kommt, obwohl das Gesetz (trotz eingehender Regelung der Zeugnisfähigkeit) das Interesse am Ausgang des Prozesses nirgends als Zeugnisausschließungsgrund bezeichnet.

Es bleibt also dabei, daß im streitgenössischen Prozeß ein (notwendiger) Streitgenosse über Tatsachen als Zeuge vernommen werden darf, die a u s s c h l i e ß l i c h für andere Genossen in Betracht kommen. Auf diesem Standpunkt steht einhellig die herrschende Meinung [1]).

2. Einzelne Genossen machen besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend.

Hier ist zu unterscheiden, ob diese Angriffs- und Verteidigungsmittel sachlicher oder prozessualer Natur sind. Grundlage für die Beantwortung dieser Frage ist die Notwendigkeit einheitlicher (Sach-)Entscheidung. Wenn ein Genosse in sachlicher Hinsicht Besonderes vorbringt, so kann der Richter dieses Vorbringen nicht für sich allein, d. h. nur in Bezug auf den betreffenden Genossen berücksichtigen, denn das könnte die einheitliche Sachentscheidung in Frage stellen. Die Berücksichtigung muß vielmehr zwangsläufig in Ansehung der ganzen Streitgenossenschaft erfolgen. Wenn also z. B. einer der beklagten Genossen sich in sachlicher Hinsicht durchschlagend verteidigt, so ist die Klage in Ansehung der ganzen Streitgenossenschaft abzuweisen. Etwas anderes ist selbstverständlich gar nicht möglich. Dabei ist aber zu beachten, daß die Wirkung des sachlichen Vorbringens des einen Genossen auf die andern nichts mit Vertretung oder etwas derartigem zu tun hat, sondern die Wirkung tritt nur über die einheitliche Entscheidung ein.

Anders liegen die Dinge aber, wenn die von einem einzelnen Genossen geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel prozessualer Natur sind. Das ist also der Fall, wenn prozeßhindernde Einreden von einem Genossen geltend gemacht werden, die nur

---

[1]) So fast die gesamte Literatur, z. B. Stein-Jonas Vorbemerkung 1 vor § 373; Seuffert-Walsmann Vorbem. 2 vor § 373; Baumbach Vorbem. B vor § 373; Förster-Kann Vorbem. vor § 373; Hellwig System Seite 708 u. a.

von diesem geltend gemacht werden können, oder wenn Prozeßvoraussetzungen in der Person eines Genossen mangeln. Während es beim Vorbringen sachlichrechtlicher Angriffs- und Verteidigungsmittel gleichgültig ist, ob ein Fall der ersten oder der zweiten Alternative vorliegt, ist hier ein Unterschied gegeben, was die Folgen anlangt. Während die Sachentscheidung immer einheitlich sein muß, braucht die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden nicht einheitlich zu sein. Das ergibt sich wiederum daraus, daß jeder Streitgenosse sich in seinem eigenen Prozeßrechtsverhältnis befindet, daß für jeden Genossen die Prozeßvoraussetzungen vorliegen müssen und daß daher, wenn der Mangel von Prozeßvoraussetzungen einredeweise geltend gemacht wird, über diese Einrede, d. h. über die Voraussetzungen des Prozesses dieses Genossen entschieden werden muß. Die Prozesse der andern Genossen berührt das nicht (wenigstens zunächst). Hachenburg [1]) begründet die Ansicht, daß die Entscheidung über Prozeßvoraussetzungen nicht einheitlich zu sein braucht damit, daß die Streitgenossenschaft erst nach der Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen entstünde. Diese Begründung ist irrig. Die Wirkung einer prozeßhindernden Einrede ist nicht die, daß ein Prozeßverhältnis überhaupt nie bestanden hat. Die Streitgenossenschaft beginnt mit den Klageerhebungen, mögen sie zulässig sein oder nicht. Auf Grund der prozeßhindernden Einreden ergeht bereits eine Entscheidung die den Prozeß beendet. Damit dies möglich ist, muß aber zuvor ein Prozeßverhältnis vorhanden sein. Hachenburgs Begründung ist daher unrichtig. Im übrigen könnte die Richtigkeit unserer Ansicht im Fall der ersten Alternative sowieso nicht streitig sein, denn hier könnte jeder Streitgenosse allein klagen oder verklagt werden. Die Einheitlichkeit der Sachentscheidung ist jedenfalls nicht gefährdet, denn bezüglich des Genossen, bei dem die Prozeßvoraussetzungen nicht vorliegen, ergeht gar keine Sachentscheidung. Er scheidet aus dem Prozeß aus und die Prozesse der andern gehen weiter [2]). Bei der zweiten Alternative ist der prozessuale Vorgang zunächst derselbe, aber die Folgen sind andere. Die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden führt auch hier nur zur Abweisung des Prozesses (als unzulässig) desjenigen Genossen, bei dem der Mangel der Prozeßvoraussetzungen vorliegt. Das folgt wiederum aus dem Grundsatz, daß jeder Genosse sich in seinem besonderen Prozeßrechtsverhältnis befindet, was natürlich auch für die zweite Alternative gilt. Es braucht also die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden auch hier nicht einheitlich zu sein, wie verschiedentlich behauptet wird. Aber die Abweisung des Prozesses eines

[1]) Hachenburg a. a. O. Seite 40 ff.
[2]) Vgl. Kisch a. a. O. Seite 24.
[3]) Stein-Jonas § 62 V 3.

Genossen hat hier die der andern zur Folge. Natürlich nicht wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen, sondern wegen dem Mangel der Sachlegitimation, also als unbegründet, nicht als unzulässig, weil die Sachlegitimation, wie schon mehrmals festgestellt, zum Klaggrund gehört.

3. Die Handlungen der Genossen stimmen nicht überein.

a) Allgemeines.

Die ZPO trifft keine Regelung darüber, was geschehen soll, wenn sich die Streitgenossen im Termin nicht übereinstimmend verhalten. Die Grundlage für die Lösung dieses Problems bildet wiederum der Grundsatz, daß im streitgenössischen Prozeß ebensoviele Prozesse als Genossen vorliegen, daß sich also jeder Genosse in seinem eigenen Prozeßverhältnis befindet. Auch das einheitliche Urteil hebt diese Trennung nicht auf [1]). Das Gemeinsame besteht nur darin, daß die Rechtslage, in der sich jeder Genosse befindet, für jeden Genossen dieselbe ist, weil das zu ergehende Urteil jeden gleich trifft. Aus der Tatsache, daß sich jeder Genosse in seiner eigenen Rechtslage befindet (dies gilt für beide Alternativen), folgt zwingend, daß jeder sich prozessual verhalten kann, wie er will. Er kann verzichten, anerkennen, gestehen, Beweisanträge stellen, die Klage zurücknehmen usw., es fragt sich nur inwieweit diese Handlungen auch für und gegen seine Genossen wirken, inwieweit er also die zu ergehende Entscheidung, die ja einheitlich sein muß, beeinflussen kann. Während in einem gewöhnlichen Prozeß jede Prozeßhandlung einer Partei auf die Entscheidung wirkt, bzw. eine Entscheidung überflüssig macht, muß im streitgenössischen Verfahren die Wirkung der Prozeßhandlung beschränkt sein, wenn sie nur von einzelnen Genossen vorgenommen werden. Es ist also zwar jede Handlung für sich zu beurteilen, aber die notwendig einheitliche Entscheidung, d. h. im Grunde die materiellrechtliche Bindung der Genossen aneinander, verlangt eine Einschränkung ihrer Wirksamkeit.

Bezüglich der Prozeßhandlungen, die bestimmt und geeignet sind, dem Gericht die Sachlage darzulegen, also Prozeßhandlungen, denen keinerlei formal feststellende Kraft zukommt, hat jeder Genosse völlig freie Hand. Hierher würde an sich schon die Klagebegründungsschrift gehören, die jeder Genosse unabhängig vom andern einreichen kann. (So wie auch jeder Genosse unbestrittenermaßen einen eigenen Anwalt nehmen kann). Sie berührt uns aber hier nicht, weil hier nur Prozeßhandlungen erörtert werden sollen, die im Termin vorgenommen werden können. Dagegen gehört hierher das gesamte mündliche Vorbringen der Genossen im

[1]) Vgl. Wachenfeld a. a. O. Seite 53.

Termin und die gestellten Beweisanträge. Hier kann jeder Genosse vorbringen, was er will. Sämtliche Erklärungen dienen dazu, die Ueberzeugung des Gerichts zu bilden, wie es eben der Zweck der mündlichen Verhandlung ist. Das Gericht braucht die Ueberzeugung zur Entscheidung. Da diese nur einheitlich sein kann, dient also das gesamte Vorbringen der Genossen der Herbeiführung der Entscheidung, und sei es noch so sehr widersprechend. Es ist daher keineswegs ein übereinstimmendes Handeln der Genossen erforderlich, um eine einheitliche Entscheidung zu gewährleisten.

b) Die Dispositivakte.

Es soll nun erörtert werden, welche Wirkung Verzicht und Anerkenntnis haben, wenn sie nur von einem Genossen erklärt werden. Man nennt die genannten Handlungen Dispositivakte, weil sie als vollkommenste Konsequenz der Dispositionsmaxime unmittelbare Entscheidungsgrundlage bilden und zwar unter Ausschluß der richterlichen Beweiswürdigung. In den Rahmen der gegenwärtigen Frage gehören außer Verzicht und Anerkenntnis auch die sog. prozessualen Rechtsgeschäfte [1]). Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Ausdruck besonders glücklich ist, jedenfalls versteht man darunter Prozeßhandlungen, die im Gegensatz zu den meisten andern Prozeßhandlungen ohne Vermittlung einer Entscheidung unmittelbar auf den Prozeßgang wirken und die Präklusion herbeiführen. Zu diesen prozessualen Rechtsgeschäften gehört hauptsächlich der Verzicht nach § 274 Abs. III und andere Verzichte wie §§ 346, 399, 436.

Der Erörterung der Frage, ob die Dispositivakte ihre typische Wirkung, nämlich die zwangsläufige Herbeiführung einer Entscheidung beibehalten sollen, wenn sie nur von einem Genossen erklärt werden, muß im Interesse einer umfassenden Darstellung folgendes vorausgeschickt werden: in der Literatur wird die Wirkung von Verzicht und Anerkenntnis in diesem Fall überwiegend geleugnet [2]). Es wird dies mit der analogen Anwendung des früheren § 472 ZPO begründet. Dieser Paragraph schrieb im Rahmen der Regelung des Parteieides vor, daß der Parteieid nur von allen Streitgenossen zugeschoben und nur von allen Streitgenossen zurückgeschoben werden kann. Man sah darin einen wichtigen Hinweis für die gegenwärtige Frage. Der Grund für die Bestimmung dieses § 472 lag darin, daß der Parteieid, obwohl Beweismittel, wie sich aus seiner Stellung im Gesetz ergab, formell feststellende Kraft besaß. Um die Einheitlichkeit der Entscheidung zu sichern, mußte das Gesetz die Möglichkeit ausschalten, daß ein Genosse den Eid leistete, ein anderer ihn verweigerte, daß also ein und dieselbe Tatsache für den

1) Siehe Kisch a. a. O. Seite 91.

2) Hachenburg a. a. O. Seite 57; Kisch a. a. O. Seite 84; Hellwig System § 123 V für die 2. Alternative.

Richter als wahr und zugleich als unwahr hätte gelten müssen. Deshalb die Vorschrift von der gemeinsamen Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides. Die Wissenschaft hat seinerzeit überwiegend die Ansicht entwickelt, daß die in § 472 ausgesprochene Regelung auch für die Dispositivakte zu gelten habe. Kisch [1]), der der Hauptvertreter dieser Beweisführung ist, ging sogar soweit, den Parteieid überhaupt nicht zu den Beweismitteln, sondern zu den Dispositivakten zu rechnen. Dieser Streit ist heute gegenstandlos. Ebenso kann es heute dahingestellt bleiben, ob man wirklich den § 472 als prinzipielle Regelung ansehen und dieses Prinzip auf die Dispositivakte anwenden durfte. Jedenfalls ist zu betonen, daß der Parteieid ein Beweismittel war. Daran ist nichts zu ändern, ob er nun eine glückliche oder unglückliche Einrichtung war. Aus der überaus schwerwiegenden Bedeutung des Parteieides (man bedenke: ein E i d mit den schweren strafrechtlichen Folgen einer Eidesverletzung) folgte die Notwendigkeit einer solchen Regelung. Verzicht und Anerkenntnis sind aber doch wohl etwas anderes. Gewiß haben auch sie formell feststellende Kraft. Ihrem inneren Wesen nach sind sie aber vom Parteieid völlig verschieden, denn sie brauchen sich nicht mit der tatsächlichen Rechts- und Sachlage zu decken. Man kann z. B. wohl verzichten, obwohl die Klage sicher zum Erfolg führen würde. Die Dispositivakte sind eben die Konsequenzen der freien Parteiherrschaft über den Prozeßstoff. Mit andern Worten: die formell feststellende Kraft der Dispositivakte ist eine Folge des Willens der Partei, die des Parteieides aber ist eine Folge der mit seiner Hilfe festgestellten Wahrheit. Es war daher immer schon bedenklich, die Regelung des früheren § 472 auf die Dispositivakte anzuwenden. Indessen heute ist das überhaupt unmöglich. Seit der Novelle 1933 existiert der § 472 nicht mehr, mag er nun eine prinzipielle Regelung bezüglich aller Prozeßhandlungen mit formell feststellender Kraft gewesen sein, oder eine Bestimmung im Rahmen der besonderen Natur des Parteieides. Jedenfalls ist die Tatsache nicht von der Hand zu weisen, daß der Gesetzgeber nur beim Parteieid an die notwendige Streitgenossenschaft dachte. Bei Verzicht und Anerkenntnis fehlt eine entsprechende Bestimmung. Es ist nicht notwendig, eine fehlende Bestimmung, die, wäre sie vorhanden, in das in einer Monographie entwickelte System hineinpassen würde, als Lücke des Gesetzes zu bezeichnen, in einer anderswo stehenden Sonderregelung ein Prinzip zu sehen und sie analog anzuwenden. Es bleibt also nichts anderes übrig, als unsere gegenwärtige Frage aus dem Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft selbst, wie aus dem der Dipositivakte zu lösen. Das ist jedenfalls der sicherste Weg. Es sei hier noch bemerkt, daß die

[1]) Kisch a. a. O. Seite 89.

durch Novelle 1933 neu eingeführte Parteivernehmung eine ähnliche Bestimmung, wie den früheren § 472 nicht enthält. Die Parteivernehmung kann hier überhaupt nicht zum Vergleich herangezogen werden, weil die Parteivernehmung (auch die eidliche) als reines Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, also keinerlei formell feststellende Wirkung hat.

Wollte man übrigens gleichwohl den früheren § 472 als Grundsatz ansehen, so nützte uns das heute selbstverständlich auch nichts. Bedenklich ist der Standpunkt Wolffs [1]), der sich auch heute noch auf § 472 stützen will, weil, so meint Wolff, diese Bestimmung nicht als einzelne, sondern zusammen mit dem ganzen Rechtsinstitut des Parteieides weggefallen sei, sodaß man also nicht folgern dürfe, daß der Gesetzgeber sich nicht mehr zu der — einmal ausgesprochenen — prinzipiellen Regelung bekenne. Dergleichen ist unmöglich, weil es seit der Novelle 1933 einen § 472 einfach nicht mehr gibt. Man könnte sogar Wolff umgekehrt entgegenhalten, daß sich gerade aus dem vollkommenen Wegfall der fraglichen Bestimmung ergibt, daß es sich nicht um eine prinzipielle Regelung handelte, denn sonst hätte sie Gesetzgeber mit Hilfe derselben Novelle anderswo unterbringen müssen.

Wir wollen, wie schon gesagt, das Problem aus dem Wesen der Dispositivakte und dem der notwendigen Streitgenossenschaft zu lösen versuchen. Wir haben uns oben [2]) zu der Ansicht bekannt, daß Verzicht und Anerkenntnis sowohl Prozeßhandlungen, als auch materielle Rechtsgeschäfte sind [3]). Und zwar liegt der Schwerpunkt natürlicherweise auf der letzteren Eigenschaft, insoferne als Verzicht und Anerkenntnis durch das Urteil als unmittelbarer Folge dieser Handlungen, Verfügungshandlungen gleichkommen. Mindestens muß das für das Anerkenntnis gelten. Wenn aber die Dispositivakte Verfügungshandlungen sind (mindestens in dem Sinn, daß sie es a u c h sind), dann muß das Recht, diese Handlungen vorzunehmen der materiellrechtlichen Verfügungsgewalt folgen. Im streitgenössischen Verfahren kann also nur derjenige Genosse mit Wirkung für die andern verzichten und anerkennen, der über den Streitgegenstand als Ganzes materiellrechtlich verfügen kann. Wenn dies aber möglich ist, d. h. wenn ein Genosse außerhalb des Prozesses allein verfügen kann, dann muß dies im Prozeß erst recht möglich sein, denn es gibt keine Streitgenossenschaft im Sinne einer prozessualen Bindung. Die Bindung ergibt sich vielmehr aus dem materiellen Recht. In diesem Fall bindet daher die Disposition des einen Genossen auch die andern [4]).

---

[1]) Wolff a. a. O. Seite 39.
[2]) Seite 16.
[3]) Stein-Jonas § 306 I; § 307 I; Kohler ZZP 291 / 36; RGZ 56 / 336.
[4]) Stein-Jonas § 62 V 4; Gruchot 46, 661.

In den Fällen, in denen die Streitgenossen materiellrechtlich nur gemeinsam verfügen können, dürfen Verzicht und Anerkenntnis, wenn sie nur von einem Genossen erklärt werden, nicht wirksam sein. Wenn Stein-Jonas [1]) die Wirksamkeit des Verzichts in dem Sinne bejaht, daß der Verzicht die Klagabweisung der andern zur Folge hat, so ist letzteres an sich konsequent gedacht. Da Stein-Jonas aber richtigerweise von der materiellrechtlichen Bedeutung der Dispositivakte ausgeht, ist es verwunderlich, wie so er im Falle notwendiger gemeinsamer Verfügung einem Einzeldispositivakt Wirksamkeit zumessen will. Da Stein-Jonas andererseits die Wirksamkeit eines Einzelanerkenntnisses in diesem Fall verneint, so ist seine Ansicht bezüglich des Verzichts offenbar so zu verstehen, daß er den Verzicht (rein praktisch gesehen) nicht als Verfügungshandlung, sondern als etwas der Klagezurücknahme ähnliches ansieht. Das hat etwas für sich. Indessen ist es doch richtiger, zwischen Verzicht und Anerkenntnis nicht zu unterscheiden, da beide Handlungen ihrem inneren Wesen nach gleich sind, wenn auch zugegeben werden muß, daß die praktische Folge des Anerkenntnisses eine viel größere ist (abgesehen davon, daß sie in der Praxis allein vorkommt). In den Fällen, in denen nur gemeinsame Verfügung möglich ist, sind also Verzicht und Anerkenntnis bedeutungslos, wenn sie nur von einem Genossen erklärt werden. Bedeutungslos sind sie natürlich nur in dem Sinne, als sie die in §§ 306, 307 geregelten typischen Wirkungen nicht herbeiführen können. Die dieser Wirkungen beraubten Handlungen gehören aber gleichwohl zum mündlichen Vorbringen und haben so ihre Wirkungen auf die Ueberzeugungsbildung des Gerichts.

c) Das Einzelgeständnis.

Wir haben das Geständnis und seine Wirkungen bereits oben [2]) eingehend behandelt. Wir haben dabei festgestellt, daß das Geständnis eine prozessuale Willenserklärung ist. Seine Wirkung besteht darin, daß die zugestandenen Tatsachen als wahr zu gelten haben und keines Beweises mehr bedürfen, ganz gleich, ob sie auch t a t s ä c h l i c h wahr sind. Man rechnet das Geständnis daher ebenfalls zu den Dispositivakten. Das mit Recht, denn es handelt sich sozusagen um eine Verfügung über den Prozeßstoff nach dem freien Willen der Parteien (Dispositionsmaxime). Trotzdem haben wir das Geständnis nicht im vorigen Abschnitt behandelt, denn es kommt uns hier noch auf eine andere Wirkung an, die das Geständnis neben seiner formell feststellenden Kraft hat, nämlich die sog. Präklusion. Damit soll gesagt werden, daß eine einmal zuge-

[1]) Stein-Jonas § 62 V 4.
[2]) Seite 19 ff.

standene Tatsache nicht mehr bestritten werden darf, daß die gestehende Partei also mit dem Bestreiten dieser Tatsache ausgeschlossen ist und bleibt, es sei denn, daß das Geständnis im Rahmen des § 290 angefochten wird.

Wie ist nun das Geständnis bezüglich seiner beiden Wirkungen zu behandeln, wenn nur einer der Genossen gesteht? Was die feststellende Wirkung anlangt, so könnte man hier in der Tat auf den seinerzeitigen § 472 zurückgreifen, wenn er noch bestände. Das haben wir aber abgelehnt. Indessen ist das gar nicht notwendig. Es ergibt sich aus dem Grundsatz der notwendig einheitlichen Entscheidung, wie überhaupt aus dem Zusammenhang der verschiedenen Prozesse, daß eine Prozeßhandlung, deren typische Wirkung darin besteht, daß eine zugestandene Tatsache als wahr zu gelten hat, dieser typischen Wirkung beraubt werden muß, wenn sie nur von einem Genossen, d. h. also nur in einem der nebeneinander laufenden Prozesse erklärt wird. Es würde sonst der Fall eintreten, daß ein und dieselbe Tatsache zugleich als wahr und als unwahr zu gelten hätte, was zu einer unlöslichen Verwicklung führen müßte. Das muß vermieden werden. Wenn also ein Genosse eine Tatsache gesteht, dann ist sie immer noch beweisbedürftig, solange sie von andern Genossen bestritten wird [1]). Das so erklärte Geständnis behält aber seine Wirkung insoferne, als es nicht wiederholt zu werden braucht, wenn die restlichen Genossen im weiteren Verlauf des Prozesses dieselbe Tatsache gestehen, denn es kommt nur darauf an, daß im Zeitpunkt der Entscheidung alle Genossen gestanden haben. Es ist also nicht nötig, daß sie diese Tatsache zusammen und gleichzeitig gestanden haben, was sich schon daraus ergibt, daß es bekanntlich trotz vieler Termine nur e i n e mündliche Verhandlung gibt. Des weiteren hat das erklärte Einzelgeständnis seine Wirkung als Indiz, indem es zur Ueberzeugungsbildung des Gerichts beiträgt.

Etwas anderes ist es aber mit der präkludierenden Wirkung. Wenn ein Genosse eine Tatsache gesteht, so will er damit folgendes sagen: für mich ist diese Tatsache wahr; ich bestreite sie nicht mehr; wenn andere sie bestreiten, so ist das ihre Sache. Es widerspricht daher keineswegs dem Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft und gefährdet auch nicht die notwendig einheitliche Entscheidung, wenn man sagt, daß der gestehende Genosse die von ihm zugestandene Tatsache nie mehr bestreiten kann, d. h. präkludiert ist, es sei denn, daß er sein Geständnis im Rahmen des § 290 mit Erfolg anficht.

Kisch [2]) bestreitet den Eintritt der Präklusion in diesem Fall.

---

[1]) So Stein-Jonas § 62 V 3; Baumbach § 62 4; Fuhr a. a. O. Seite 32; Hellwig System § 123 IV 1; RGJW 03, 21.

[2]) Kisch a. a. O. Seite 97; vgl. auch Hachenburg a. a. O. Seite 67.

Er vertritt die Ansicht, daß es unmöglich sei, die Wirkungen des Geständnisses auseinanderzureißen. Diese Wirkung bestände einerseits in der formell feststellenden Kraft, andererseits in der Unmöglichkeit, die aufgegebenen (sachlichen) Angriffs- und Verteidigungsmittel nachträglich wieder zu gebrauchen (präkludierende Wirkung). Beide Wirkungen seien „Kehrseiten einer und derselben Erscheinung". Sie könnten daher nicht auseinandergerissen werden. Das ist, wie wir bereits gesehen haben, irrig. Es ist nicht richtig, daß die beiden Wirkungen des Geständnisses Kehrseiten einer und derselben Erscheinung sind. Sondern es ist einfach so, daß das Geständnis die eine und die andere Wirkung hat. Daß der Nichteintritt der einen Wirkung die andere ausschließt, ist eine Behauptung, die jedenfalls aus dem Gesetz nicht hervorgeht. Die Sachlage ist vielmehr folgende: das Gesetz hat in § 288 ZPO das Geständnis als Prozeßhandlung geschaffen und es mit typischen Wirkungen ausgestattet. Diese Wirkungen treten grundsätzlich ein. Sie treten nur dann nicht ein, wenn andere prozessuale oder materielle Grundsätze dies verlangen. Daraus folgt aber, daß sie nur i n s o w e i t nicht eintreten, als diese andern Umstände es verlangen. Wenn also diese Prozeßhandlung, wie hier das Geständnis, mehrere Wirkungen hat, von denen die eine sich mit diesen besonderen Umständen verträgt, so ist kein Grund einzusehen, warum die im Gesetz vorgeschriebenen typischen Wirkungen wenigstens insoweit nicht eintreten sollen. Der Wille des Gesetzgebers muß eben soweit Gültigkeit haben, soweit es möglich ist. Die Ansicht Kischs, daß beim Einzelgeständnis auch die Präklusionswirkung nicht eintritt, ist daher abzulehnen.

d) § 449 ZPO.

Der durch die Zivilprozeßnovelle vom 27. 10. 1933 völlig neu gefaßte Titel der ZPO „Beweis durch Parteivernehmung" erwähnt die Streitgenossenschaft nur in § 449, in dem die Parteivernehmung der streitgenössischen Partei dahin geregelt wird, daß das Gericht bestimmt, ob alle oder nur einzelne Genossen zu vernehmen sind. Die Parteivernehmung (auch die beeidigte Parteivernehmung) unterscheidet sich von dem früheren Parteieid dadurch, daß ihr keine formell feststellende Kraft zukommt, sondern daß sie einfach Beweismittel ist und daher dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt. Das ist obendrein in § 453 noch ausdrücklich geregelt. Während, wie schon ausgeführt, der Parteieid Gemeinsamkeit forderte, um die notwendig einheitliche Entscheidung nicht zu gefährden, ist diese Gemeinsamkeit bei der Parteivernehmung nicht mehr nötig. Es kann hier nicht mehr vorkommen, daß das Gericht ein und dieselbe Tatsache als wahr und als unwahr ansehen muß, weil das Gericht überhaupt frei entscheiden

kann, ob es der Parteiaussage Glauben schenken soll. Die Vorschrift des § 449 ist eine reine Zweckmäßigkeitsvorschrift. Das Gericht wird im Beweisbeschluß die Vernehmung nur derjenigen Genossen anordnen, von denen es wichtige und glaubwürdige Aussagen auf Grund seines in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindrucks erwarten kann. Dabei ist das Gericht keineswegs an den Beweisantrag gebunden, insofern er die Parteivernehmung eines bestimmten Genossen verlangt. Ein solcher Antrag ist nur eine Anregung [1]). Das Gericht hat vollkommen freie Hand, wen es vernehmen will.

Die Vorschrift des § 449 könnte übrigens die Ansicht aufkommen lassen, als wolle der Gesetzgeber sich nicht zu dem Grundsatz des Vorliegens mehrerer Einzelprozesse bekennen. Wenn jeder Genosse in seinem eigenen Prozeßverhältnis steht und dafür verantwortlich ist, müßte im Fall der Parteivernehmung jeder Genosse vernommen werden. Es mag sein, daß der § 449 den Zusammenhangsgedanken stärker betont, indem er die Aussage nur eines Genossen für die ganze Streitgenossenschaft gelten läßt. Aber abgesehen davon, daß ein Zusammenhang tatsächlich gegeben ist, indem die Genossen durch die zu ergehende einheitliche Entscheidung, sowie von vornherein durch das materielle Recht verbunden sind, ist der innere Grund der Regelung des § 449 der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, dem die Parteivernehmung unterliegt.

Die Parteivernehmung nach § 449 kann sich übrigens nur auf Tatsachen beziehen, die die Entscheidung gegenüber sämtlichen Genossen angehen. Handelt es sich aber um Tatsachen, die ausschließlich für die Entscheidung gegenüber einzelnen Genossen maßgebend sind, so greift nicht die Parteivernehmung Platz, sondern es kann ein von diesen Tatsachen nicht persönlich betroffener Genosse als Zeuge vernommen werden [2]).

e) Die Klagezurücknahme.

Bei der von nur einem Genossen erklärten Klagezurücknahme ist streng zu unterscheiden, welche der beiden Alternativen des § 62 vorliegt. Im Fall der ersten Alternative gibt es keinen Zwang zu gemeinsamem Klagen. Jeder Genosse klagt hier freiwillig mit. Nimmt ein Genosse seine Klage zurück, so ist sein Prozeß beendigt. Die Prozesse der andern Genossen gehen unberührt weiter. Das Urteil wirkt Rechtskraft gegen den ausgeschiedenen Genossen. Das konnte er nie verhindern, ob er mitklagte oder nicht. Selbstverständlich gilt auch hier wieder, daß der Richter aus der Tatsache der Klagezurücknahme eines Genossen Schlüsse auf die Stichhaltigkeit der Klagebegründung ziehen kann.

---

[1]) Stein-Jonas § 449 1; Baumbach § 449 1.
[2]) Siehe oben Seite 54; vgl. Stein-Jonas § 449.

Im Falle der zweiten Alternative bleiben die Prozesse der andern Genossen keineswegs unberührt. Nimmt ein Genosse seine Klage zurück, so sind die übrigen Genossen nicht mehr aktiv legitimiert und ihre Klage muß als unbegründet abgewiesen werden. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Klagezurücknahme nur eines Genossen nicht zulässig ist. Die Klagezurücknahme muß vielmehr unbedingt geduldet werden. Denn so wie niemand gezwungen werden kann, eine Klage zu erheben, so kann niemand gezwungen werden, einen begonnenen Prozeß weiterzuführen, wenn er aus irgend einem Grund nicht mehr will.

Man hat versucht, diesem etwas unbilligen Standpunkt mit verschiedenen Konstruktionen beizukommen. So vertritt Hellwig [1]) die Ansicht, die Klagezurücknahme sei ein Dispositivakt. In Analogie des § 472 (alter Fassung) könne sie daher, ebenso wie Verzicht und Anerkenntnis, nur von allen Streitgenossen gemeinsam getätigt werden. Sie sei unwirksam, weil bei der zweiten Alternative die Gemeinsamkeit der Prozeßführung erforderlich sei. Hellwig gelangt hier zwar zu einem billigen Ergebnis, aber seiner Begründung kann keinesfalls zugestimmt werden. Das Wesen der Dispositivakte liegt in ihrer formell feststellenden Kraft bezüglich des Prozeßstoffs. Sie beziehen sich auf den Streitgegenstand selbst. Es ist völlig unerfindlich, wieso Hellwig eine reine Prozeßhandlung zu den Dispositivakten rechnen will.

Andere bringen den im Strafrecht entwickelten Grundsatz, daß ein einmal begonnenes Tun zum Weiterhandeln verpflichte, auch wenn zu diesem Tun an sich keine Verpflichtung bestand, in Verbindung mit unserem gegenwärtigen Problem. Aus diesem Gedanken kann aber unmöglich die prozessuale Unzulässigkeit einer Prozeßhandlung, nämlich hier der Klagezurücknahme, gefolgert werden. Dagegen kann man sehr wohl an einen Schadenersatzanspruch aus § 226 BGB denken. Möglicherweise kann auch aus dem besonders gearteten materiellrechtlichen Innenverhältnis der Streitgenossen ein Druck auf den fahnenflüchtigen Genossen ausgeübt werden. Das sind aber Ueberlegungen, die nicht hierher gehören. Für uns steht jedenfalls fest, daß die Klagezurücknahme im Falle beider Alternativen von jedem Genossen und jederzeit erklärt werden kann.

De lege ferenda wäre freilich die Unzulässigkeit der Einzelklagezurücknahme wenigstens für den Fall der zweiten Alternative zu empfehlen.

f) Der Prozeßvergleich.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der dem Gericht von nur einem

[1]) Hellwig System § 123 IV.

Genossen übermittelten Erklärung eines Vergleichsabschlusses. Streng genommen gehört nur diese Erklärung hierher, das Recht zum Vergleichsabschluß selbst folgt der materiellrechtlichen Verfügungsgewalt. Wir haben bei der Besprechung des Prozeßvergleichs im Falle der Terminssäumnis und daraus folgender Anwendung der Vertretungsfiktion gesehen [1]), daß der Vergleich nach der herrschenden Meinung ein bürgerlichrechtlicher Vertrag im Sinne von § 779 BGB und eine Prozeßhandlung ist. Letzteres weil er den Prozeß beendet und die Vollstreckbarkeit begründet. Der Schwerpunkt des Prozeßvergleichs liegt aber ohne Zweifel auf seinem materiellrechtlichen Inhalt. Die Meinung, daß der Prozeßvergleich eine reine Prozeßhandlung sei, in dem Sinn, daß der Vergleichsabschluß selbst mit dem Prozeß gar nichts zu tun habe, von prozessualer Bedeutung daher nur die prozeßbeendigende Wirkung der Abschlußerklärung an das Gericht sei, haben wir bereits eingehend abgelehnt. Jedenfalls steht fest, daß nur derjenige das Recht zum Vergleichsabschluß hat, der über den streitigen Gegenstand als Ganzes verfügen kann. Ist dies der Fall, dann steht dem Vergleichsabschluß nichts im Wege. Der Prozeß des betreffenden Genossen ist mit der Erklärung, daß er einen Vergleich abgeschlossen habe, beendet. Im Falle der ersten Alternative, um die es sich hier handelt, gehen die Prozesse der andern Genossen weiter. Im Falle der zweiten Alternative kann ein Vergleich aus materiellrechtlichen Gründen nur von allen Genossen gemeinsam geschlossen werden, da das Verfügungsrecht über den Streitgegenstand nur allen Genossen gemeinsam zusteht. Ein wirksamer Vergleich kann daher nur durch das Zusammenwirken aller Streitgenossen zustandekommen. Erklärt im Falle der zweiten Alternative einer der Genossen einen Vergleichsabschluß und leugnet ein anderer Genosse diesen Vergleichsabschluß, so tritt nicht nur die materiellrechtliche Wirkung des Abschlusses nicht ein (d. h. es ist eben ein wirksamer Vergleich gar nicht geschlossen), sondern es tritt auch die prozeßbeendigende Wirkung bezüglich des den Abschluß erklärenden Genossen nicht ein. Es geht auch nicht an, die Wirkung des Prozeßvergleichs auseinanderzureißen, indem man etwa sagt, daß der Vergleich mangels des Zusammenwirkens aller Genossen zwar nicht materiellrechtlich gültig ist, daß aber die Erklärung eines einzelnen Genossen, er habe einen Vergleich geschlossen wenigstens die prozeßbeendigende Wirkung bezüglich dieses Genossen haben soll. Dem ist aber auch nicht beizupflichten. Diese Konstruktion könnte allenfalls von der Ueberlegung getragen werden, daß die Erklärung dieses Genossen sozusagen als Klagezurücknahme aufzufassen ist. Die Klagezurücknahme ist ja auch tatsächlich ein Element des Pro-

[1]) Siehe oben Seite 33 ff.

zeßvergleichs. Indessen muß der Standpunkt vertreten werden, daß der betreffende Genosse dann eben seine Klage ausdrücklich zurücknehmen soll, wenn er unbedingt aus dem Prozeß ausscheiden will. Was er dann außergerichtlich mit dem Gegner vereinbart, ist seine Sache. Er kann sich z. B. verpflichten, zu was er will, nur darf seine Vereinbarung keine Verfügung über den Streitgegenstand enthalten [1, 2]).

III. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens im streitgenössischen Rechtsstreit.

Ein Rechtsstreit wird beim Eintritt bestimmter Tatsachen unterbrochen. Solche Tatsachen sind hauptsächlich der Tod einer Partei (§ 239) und der Konkurs über das Vermögen einer Partei (§ 240), ferner die Fälle der §§ 241, 242 ZPO. Ein Prozeß kann ferner in den Fällen der §§ 65, 148, 247 ZPO ausgesetzt werden. Die Unterbrechung und die Aussetzung haben den zeitweisen Stillstand des Prozesses zur Folge.

Tritt nun im streitgenössischen Prozeß ein Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund in der Person eines einzelnen Genossen ein, so erhebt sich die Frage, was mit den Prozessen der andern Genossen geschehen soll. Das Gesetz gibt hierüber keine Auskunft. Eine Anwendung der Vertretungsfiktion des § 62 in dem Sinn, daß der Genosse, dessen Prozeß stillsteht, von den andern vertreten wird, ist nicht möglich, da es sich weder um Termins-, noch um Fristversäumnis handelt. Der betreffende Genosse kann überhaupt nicht säumig sein, denn sein Prozeß ist unterbrochen oder ausgesetzt.

Umgekehrt kann die Vertretungsfiktion auch nicht in dem Sinn angewendet werden, als die in der Person eines Genossen eintretenden Ereignisse, die zur Unterbrechung oder Aussetzung führen, auch für die andern Genossen gelten. Hierfür fehlt es an der grundsätzlichen Voraussetzung der Vertretungsfiktion, nämlich an

---

[1]) Der hier vertretenen Ansicht sind Stein-Jonas § 62 V 4 der den Prozeßvergleich mit Verzicht und Anerkenntnis zusammen behandelt; ferner Seuffert-Walsmann § 62 3d; Baumbach § 62 4.

[2]) In den hiermit abgeschlossenen Abschnitt gehörte auch noch das Problem der sog. partiellen Säumnis. Dieser Begriff wurde hauptsächlich von Kisch (a. a. O. Seite 67) entwickelt. Kisch versteht darunter den Fall daß ein Streitgenosse die Vornahme einer bestimmten Prozeßhandlung versäumt oder zu einer von andern Genossen vorgenommenen Prozeßhandlung schweigt. In Wirklichkeit bietet dieser Fall gar nichts Besonderes. Die Konstruktion der partiellen Säumnis ist überflüssig, da es sich im Grunde nur um widersprechendes Verhalten der Genossen handelt. Vgl. Fuhr a. a. O. Seite 35.

einer Vertretungshandlung. Wer stirbt oder in Konkurs gerät, handelt nicht. Es treten vielmehr Ereignisse ein, die kraft positiver gesetzlicher Vorschrift die Unterbrechung des Prozesses dieses Genossen zur Folge haben.

Daß es überhaupt möglich ist, daß das Verfahren zunächst nur bezüglich eines Genossen unterbrochen oder ausgesetzt wird, folgt wiederum aus dem unbestrittenen Grundsatz, daß soviele Prozesse als Genossen vorliegen und sich daher jeder Genosse in seinem eigenen Prozeßverhältnis befindet.

Im Falle der ersten Alternative kann jeder Genosse allein klagen. Wenn nun der Prozeß eines Genossen unterbrochen oder ausgesetzt wird, so könnten an sich die Prozesse der andern weitergehen, denn hier besteht kein Zwang zu gemeinsamer Prozeßführung. Das ist formal richtig. Aber es ist unbillig. Der Genosse, dessen Prozeß unterbrochen oder ausgesetzt ist, würde sich, wenn sein Unterbrechungsgrund weggefallen ist, einer womöglich schon rechtskräftigen Entscheidung gegenübersehen, obwohl er doch freiwillig mitgeklagt hat, um sich persönlich an dem Prozeß beteiligen zu können. Man wird daher beim Eintritt eines Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrundes für den Prozeß eines Genossen auch die Unterbrechung und Aussetzung der andern Prozesse, d. h. also des gesamten streitgenössischen Rechtsstreits befürworten müssen.

Im Falle der zweiten Alternative muß die Unterbrechung und Aussetzung aller Prozesse unbedingt gefordert werden, wenn der Prozeß auch nur eines Genossen unterbrochen oder ausgesetzt wird. Wollte man nur den unmittelbar betroffenen Prozeß aussetzen, so würden die andern Genossen die Sachlegitimation verlieren und ihre Klage verfiele der Abweisung, da die Sachlegitimation selbstverständlich noch im Zeitpunkt der Entscheidung vorhanden sein muß. Die Möglichkeit der Klagabweisung muß verhindert werden, denn sonst könnte z. B. der Fall eintreten, daß die Klage der Genossen, obwohl an sich begründet, der Abweisung verfiele, nur weil zufällig einer der Genossen während des Prozesses stirbt. Darum wird allgemein der richtige Standpunkt eingenommen, daß prozeßhemmende Umstände, die nicht unter die Säumnis fallen, für alle Einzelprozesse wirksam sein sollen. Darum wird auch der Prozeß derjenigen Genossen unterbrochen oder ausgesetzt, in deren Person kein Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund vorliegt [1]). Die Aussetzung für nur einen Genossen ist daher unzulässig [2]).

---

[1]) So Förster-Kann § 239 1; Baumbach § 62 Bc; Kisch a. a. O. Seite 43; Hachenburg a. a. O. Seite 71; a. M. Stein-Jonas § 59 III 4.
[2]) Vgl. RGZ 106/142.

D. Schluß.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft in § 62 ZPO ist äußerst dürftig. Der Aufstellung von Theorien und überhaupt dem wissenschaftlichen Streit sind damit Tür und Tor geöffnet. Es wird auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts wohl kaum ein Problem geben, das in ähnlicher Weise bestritten und umstritten ist. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt eine einheitliche Linie leider vermissen, sodaß es nicht selten möglich ist, für die widersprechendsten Ansichten Reichsgerichtsentscheidungen zu zitieren. Aus diesem Grund setzt sich diese Arbeit auch verhältnismäßig selten mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinander. Als hauptsächlichste Ergebnisse können wir feststellen, daß die beiden Alternativen des § 62 streng von einander zu unterscheiden sind, weil zwar für beide Alternativen einheitliche Entscheidung notwendig ist, das Erfordernis gemeinsamer Prozeßführung aber nur im Fall der zweiten Alternative besteht. Außerdem kann die grundsätzliche Forderung aufgestellt werden, daß die Vertretungsfiktion des § 62 nur dann Anwendung finden darf, wenn die Vertretungshandlung keine Verfügung über den Streitgegenstand selbst enthält. Aus diesen beiden Grundsätzen haben wir die Entscheidung über jedes einzelne, im streitgenössischen Verfahren auftauchende Problem abgeleitet.

Wir leben heute in einer Zeit, in der sich aus der völligen Umwälzung der Ansichten über die Dinge des Lebens auch die Umwälzung der bislang geltenden geschriebenen Gesetze ergibt oder noch ergeben wird. Gerade das Zivilprozeßrecht steht mitten im Streit der Meinungen, die wohl eine umfassende Aenderung zur Folge haben werden. Das in dieser Arbeit behandelte Problem ist zwar nicht von solch grundsätzlicher Bedeutung, daß es zum Ausgangspunkt völlig neuer zivilprozessualer Gedanken gemacht werden könnte. Das Rechtsinstitut der notwendigen Streitgenossenschaft wird vielmehr in jedem neuen Zivilprozeßsystem vorhanden sein müssen. Wenn aber schon ein neues Zivilprozeßgesetz aufgebaut wird, ist es notwendig die Mängel der alten Regelung zu vermeiden und die notwendige Streitgenossenschaft grundsätzlich umfassend zu regeln. Es besteht also heute wohl die Berechtigung, Vorschläge de lege ferenda zu machen, was an sich sonst in wissenschaftlichen Arbeiten mit Recht verpönt ist.

Die Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft könnten etwa so lauten [1]):

---

[1]) Vgl. den Entwurf einer Zivilprozeßordnung des Reichsjustizministeriums von 1931.

§ Die Streitgenossenschaft ist notwendig, wenn nur alle Genossen gemeinsam klagen oder verklagt werden können. Sie ist ferner dann notwendig, wenn das streitige Rechtsverhältnis allen Genossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, weil die zu ergehende Entscheidung auch Rechtskraft gegen alle Streitgenossen wirken würde, wenn sie sich nicht am Rechtsstreit beteiligt hätten.

§ Wird ein Termin oder eine Frist von nur einzelnen Streitgenossen versäumt, so werden die säumigen Streitgenossen als durch die erschienenen vertreten angesehen.
Die Vertretung erstreckt sich nur auf Prozeßhandlungen, die der Weitertreibung des Prozesses dienen.

§ Anerkenntnisse, Verzichte und Geständnisse haben ihre gewöhnlichen Wirkungen nur, wenn sie von allen Streitgenossen erklärt werden. Werden Anerkenntnisse, Verzichte und Geständnisse nur von einzelnen Streitgenossen erklärt, so verwertet sie das Gericht nach freier Beweiswürdigung.

§ Im Falle des § (1) Satz 1 kann die Klage nur von allen Streitgenossen gemeinschaftlich zurückgenommen werden.

§ Tritt in der Person eines einzelnen Streitgenossen ein Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund ein, so werden die Prozesse aller Streitgenossen unterbrochen oder ausgesetzt [1]).

§ Im Falle des § (1) Satz 1 ist die Streitgenossenschaft nach Beendigung der ersten Instanz unauflöslich. Der von einzelnen Streitgenossen erklärte Rechtsmittelverzicht ist unwirksam. Legt einer der Streitgenossen ein Rechtsmittel ein, so werden alle Streitgenossen Partei des Rechtsmittelzuges.

---

[1]) Durch die Formulierung dieses Paragraphen wäre gleichzeitig der Grundsatz des Vorliegens mehrerer Prozeßverhältnisse im Gesetz festgelegt.

Literaturverzeichnis:

v. Amelunxen — Die sog. notwendige Streitgenossenschaft 1881
Baumbach — Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Enneccerus-Nipperdey — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)
Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einer Zivilprozeßordnung 1931
Förster-Kann — Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Fuhr — Die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft 1927
Gaupp-Stein-Jonas — Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Gruchots Beiträge (Gruchot)
Hachenburg — Die besondere Streitgenossenschaft 1889
Hangen — Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft 1895
Hegler — Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 1903
Hellmann — Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts
Hellwig — Anspruch und Klagrecht
Hellwig — Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts
Hellwig — System des Deutschen Zivilprozeßrechts
Iherings Jahrbücher
Juristische Wochenschrift (RGJW)
Kisch — Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft 1899
Lehmann — Der Prozeßvergleich
Medicus — Tatbestand und Fälle der besonderen Streitgenossenschaft 1914
Pagenstecher — Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft
Seuffert-Walsmann — Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Soergel — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Wachenfeld — Die notwendige Streitgenossenschaft 1894
Walsmann — Streitgenössische Nebenintervention
Warneyer Rechtsprechung
Wolff — Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft 1934
Zeitschrift für Zivilprozeßrecht (ZZP)

Lebenslauf.

Ich wurde am 4. September 1912 in Memmingen als Sohn des Schneidermeisters und Kaufmanns Heinrich Samper und seiner Ehefrau Marie geb. Daumiller geboren. Ich besuchte die Volksschule in Memmingen, die Realschule in Memmingen und die Oberrealschule in Kempten, wo ich 1931 die Hochschulreife erwarb. 1931 bis 1935 oblag ich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität München. 1935 legte ich am Oberlandesgericht München die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Meinen Vorbereitungsdienst leistete ich in Memmingen, Mindelheim, Nürnberg und München ab. Meine aktive Dienstpflicht erfüllte ich 1935 bis 1936 beim Gebirgsartillerieregiment 79 in Bad Reichenhall. 1939 promovierte ich an der Universität Erlangen. Der Promotion gingen zwei Semester rechtswissenschaftliches Studium daselbst voraus.